المختصر الفقهي

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور

للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف
أحمد الحبتور
للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD
AL HABTOOR
FOUNDATION

بسم الله الرحمن الرحيم

3

المختصر الفقهي

مسجد مركز الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه

هاتف: 4448 394 4 971+ فاكس: 4476 394 4 971+

صندوق بريد 124343 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة

البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

www.facebook.com/alfarooqcentre

@AlFarooqCentre

@alfarooqmosquecentre

www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)
978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى
1435هـ/2014م

[كتاب الجهاد]

الجهاد: قتال مسلم كافرًا غير ذي عهد؛ لإعلاء كلمة الله أو حضوره له، أو دخول أرضه له[1]؛ فيخرج قتال الذمي المحارب على المشهور أنه غير نقض، وقول ابن

(1) قال الرَّصاع: قوله: (قتال مسلم)؛ القتال مصدر قاتل.
قال ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس» الحديث، وقاله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ [التوبة: 36]، وقوله: (مسلم) احترز من غير المسلم كما إذا قاتل الكافر كافرًا، والمصدر مضاف إلى فاعله، وكافرًا مفعول به، وقوله: (غير ذي عهد) أخرج به المعاهد إذا قتله مسلم؛ فليس بجهاد، وكذلك قال الشيخ في الذمي: إذا نقض عهده وحارب، فإن قتاله ليس بجهاد، فيخرج من حده على أصل المشهور في ذلك؛ والعهد المراد به ما يعم أقسام العهد من الاستيمان وغيره، وليس المراد به ما يأتي له بعد في المعاهدة، وفيه ما لا يخفى والله أعلم.
قوله: (لإعلاء كلمة الله)؛ احترز به مما إذا قاتل لدنيا أو لمال أو حمية؛ فليس بجهاد شرعي كما وقع في الحديث قوله: (أو حضوره) أشار به إلى أن الجهاد أعم من المقاتلة أو الحضور للقتال والضمير في الحضور يعود على القتال، وضمير له يعود على إعلاء أو على القتال المعلل، وضمير أرضه يحتمل عوده على الكافر، وله على القتال، ويحتمل أن الضمير الأول عائد على القتال والثاني للقتال أو لإعلاء الكلمة والأول أظهر، (فإن قلت): كيف جعل المفعول كلمة كافرًا، وقد وقع رعي أن الحد عنده أعم من المشهور، وغيره والمذهب أن جهاد المحارب جهاد.
(قُلتُ): ذلك مبالغة لا حقيقة، (فإن قلت): القتال المذكور أصله المفاعلة في اللغة فهل المقصود هنا ذلك أو ليس بمقصود.
(قُلتُ): الذي كان يمر لنا أن ذلك ليس بمقصود؛ لأن الفعال قد يراد به الفعل، وإلا كان حده غير منعكس بما إذا قتل كافر، وهو قائم أو يقال: المراد من شأنه ذلك.
(فإن قلت): لأي شيء قال: لإعلاء كلمة الله، ولم يأت بعلة أخص من ذلك.
(قُلتُ): لأنه وقع في الحديث ذلك، وعلل به ﷺ، فيجب التأدب والاتباع، (فإن قلت): إن صح ما ذكرته فإنه وقع في الحديث أخص من قوله، فإنه علل ذلك بقوله: «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا»، وهذا فيه حصر وقصر.
(قلنا): ذلك زيادة في البيان لما غلب من الشهوة في القتال للحمية، والعلة تفيد ذلك بنفسها كما ذكر.
الشيخ: والكلمة التي أشار إليها ﷺ؛ المراد بها الكلمة اللغوية كلمة الشهادة، وهي المشار إليها في قوله تعالى: ﴿تَعَالَوْاْ إِلَىٰ كَلِمَةٍ﴾ [آل عمران: 64] الآية، ولم يقل كلمة الإسلام كما قاله ابن هارون محافظة على ما أشرنا إليه من التعبد، وذكر اسم الجلالة في الرسم للبركة، وإضافة الكلمة إلى الله معنى ذلك الكلمة التي أمر الله بها، وما خلق الجن والإنس إلا لأمرها.
=

(فإن قلت): هلا اختصر الشيخ: ذكر المسلم، كما اختصره ابن هارون في رسمه، وظاهره أنه سلمه له وما اعترض عليه إلا بما ذكره، وإنما اختصره؛ لأن إعلاء كلمة الإسلام إنما يكون قصدًا من مسلم؛ فذلك كما قيل في الاعتكاف: أن القربة تدل على الإسلام.

(قُلتُ): هذا صحيح لكن فيه أيضًاح، وبيان وفيه بحث.

(فإن قلت): قول الشيخ ابن هارون: قتال العدو يقال فيه إنه غير مانع بمن قاتل ذميًا؛ لأنه عدو، قال الله تعالى: ﴿عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الممتحنة: 1].

(قُلتُ): يظهر ذلك إلا أن يقال: إن اللام للعهد وهو الحربي، وفيه ما لا يخفى، (فإن قلت): هذا الرسم المذكور فيه تقسيم بأو، وقد قدمنا مرارًا أنهم أوردوا فيه السؤال المعلوم.

(قُلتُ): تقدم الجواب أن ذلك لا يمنع مثله في غير الأمور العقلية، فكأنه ذكر خاصة للجهاد في قسم منه، وخاصة في قسم آخر كما تقول الإنسان: إما صقلي أو زنجي والإنسان محصور في ذلك.

(فإن قلت): إطلاق الجهاد على هذه الأقسام هل هو من اللفظ المشترك أو من القدر المشترك؟.

(قُلتُ): يمكن أنه من القدر المشترك، وأن الرسم المذكور فيه تعريف رسم ناقص لكل قسم، ولو أراد الرسم التام؛ لقال: إتعاب نفس بقتال مسلم كافرًا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله أو حضوره له، أو دخول أرضه له، ويحتمل أنه من اللفظ المشترك، وبين مدلوله الشرعي، والله أعلم، والأول أظهر، فتأمل ذلك والله سبحانه الموفق، (فإن قلت): رأيت بخط الشيخ ﷺ على مدونته بخط يده مكتوبًا في طرتها في كتاب الجهاد: الجهاد قتال الكافر لكفره، أو حضوره له، أو دخل أرضه لذلك، وهذا الرسم يخالف ما ذكره في مختصره، أما جنسه؛ فهو موافق له، وأما حذف المسلم؛ فقد خالفه في حذفه.

(قُلتُ) لما قال: لكفره؛ دل على أن المقاتل للكفر مخالف له في دينه، وفيه بحث، ولم يذكر لإعلاء كلمة الله؛ لأن ذلك يستلزمه؛ لأنه إذا قاتله لكفره، فقد قصد إعلاء كلمة الله، وهذا وإن كان فيه اختصار لكن حده في مختصره أرجح لما ذكرناه في سره، وقوله: أو دخول أرضه؛ لذلك لو قال له كما ذكره في مختصره؛ لكان أوجز على أصله؛ لأنه أخصر، والعمل على ما ذكره في تأليفه الذي حققه، ورواه وهو آخر حده، والله سبحانه الموفق للصواب.

وأورد بعض الحاضرين من الطلبة على الرسم المذكور: إذا أبقى الإمام جماعة في مصلحة المسلمين، وفي إعانتهم في غير محل القتال فإنهم مجاهدون، وفيه بحث لا يخفى؛ لأنا نقول: ذلك ملحق عندهم بالمجاهد لا أنه يصدق عليه مجاهد، وتقدم لهم نظير ذلك في قول ابن الحاجب، ويلحق به المتغير، فتأمله، ولا يخفى ما فيه، فإن قيل: تقدم الاعتراض على الشيخ ابن هارون، وفي ضمنه اعتراض على الشيخ الإمام؛ حيث ارتضى كلامه، فإنه ذكر في حده العدو، وقلنا: إن العدو أعم من الحربي، وقد وقفت حين إقراء مسألة المدَوَّنة في الجهاد في قوله: قيل: فحربي إلخ، فقال ابن القاسم في الجواب: قال مالك فيمن نزل بساحلنا من العدو، وعلى ما يرفع الاعتراض، وهو قول مالك من العدو، فذكر مالك العدو هنا يدل على مرادفته للحربي.

هارون: وهو قتال العدو لإعلاء كلمة الإسلام غير منعكس بالأخيرين، وهما جهاد اتفاقًا.

وقول ابن عبد السلام: هو إتعاب النفس في مقاتلة العدو كذلك، وغير مطرد؛ لدخول قتال لإعلاء كلمة الله، وحاصل أنقال المذهب أنه فرض كفاية على قادر عليه لم ينزل به عدو، ولم يبلغه نزوله بمن عجز عن دفعه من مسلم أو ذمي، ونقل ابن القطان الإجماع عليه.

ونقل المازري عن ابن المسيب وغيره: أنه فرض عين، ونقل ابن عبد السلام عن سَحنون: أنه سنة- لا أعرفه، وفرض الكفاية حرام عموم تركه، فمن ثم قال سَحنون: ومع كونه فرض كفاية لا ينبغي أن يعطل الإمام الجهاد.

وفي الكافي: فرض على الإمام إغزاء طائفة للعدو يخرج بها هو أو من يثق به، وفرض على الناس في أموالهم وأنفسهم الخروج المذكور لا خروجهم كافة.

والنافلة منه: إخراج طائفة بعد أخرى، وبعث السرايا وقت الغرة والفرصة.

زاد ابن شاس عنه: وعلى الإمام رعي النصفة في المناوبة بين الناس، وعزا القرافي جميع ذلك لعبد الملك.

التلقين: لا يجوز تركه لهدنة إلا لعذر.

اللخمي عن الداودي: بقي فرضه بعد الفتح على من يلي العدو، وسقط عن من بعد عنه.

المازري: قوله: بيان لتعلق فرض الكفاية بمن حضر محل متعلقه قادرًا عليه دون

(قُلتُ): يظهر ذلك، ويكون غلب ذلك شرعًا، والآية لعموم العدو في الغالب وغيره ولا يعترض على الشيخ ابن هارون بما ذكرناه، (فإن قلت): إذا سلمنا ذلك، وأن العدو مرادف عرفًا للحربي فهلا.

قال الشيخ في رسمه: قتال مسلم حربيًا أو عدوًا، وهو أخصر مما ذكر في قوله: كافرًا غير ذي عهد.

(قُلتُ): يأتي ما يجاب به عنه في شرح لفظه في قوله: فيخرج إلخ، والله الموفق للصواب لا رب غيره، ثم قال الشيخ: فيخرج قتال الذمي المحارب على المشهور؛ لأنه غير نقض يعني بقوله: غير ذي عهد، ثم رد رسم ابن هارون؛ بأنه غير منعكس بالصورتين الأخيرتين في رسمه، قال: وهما جهاد اتفاقًا، ورد رسم شيخه: بذلك وبأنه غير مطرد إذا قاتل لا لإعلاء كلمة الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

من بعد عنه لعسره، فإن عصى الحاضر تعلق بمن يليه.

وقول سَحنون: كان فرضًا واليوم ليس فرضًا إلا أن يعين الإمام بعثا نظرًا للإسلام فتجب طاعته، وجهازهم من بيت المال، يتأول على أنه لا يتحقق فرضه إلا بأمر الإمام.

قُلتُ: في قوله: يتأول؛ نظر لأنه حمل على غير مرجوح من اللفظ، وغير مخالف لقواعد المذهب.

وفي الاستذكار: من قام غيره بسد ثغوره؛ فهو له نفل.

ابن سَحنون: روى ابن وَهْب: تطوع الجهاد أفضل من تطوع الحج، وسمع عيسى ابن القاسم: الحج أحب إلي من الغزو إلا في الخوف ومن الصدقة إلا في مجاعة، والصدقة من العتق، وقد يعرض لفرض الكفاية ما يوجبه على الأعيان.

في التلقين: قد يتعين في بعض الأوقات على من يفجؤهم العدو.

الشيخ عن سَحنون: إن نزل أمر يحتاج فيه إلى الجميع؛ كان عليهم فرضًا، ولو سبى المشركون النساء والذرية والأموال؛ وجب استنقاذهم على من قوي عليه، ولو ساروا لحصونهم ما لم يخافوا على أنفسهم أو أهليهم، وينفر من بسفاقس لغوث سوسة إن لم يخف على أهله برؤية سفن أو خبر عنها، ولتعينه أولًا.

غزا النبي ﷺ في ثانية الهجرة غزوة الأبواء؛ وهي غزوة ودان في صدر صفر، ثم بواط بناحية رضوى في شهر ربيع الأول، ثم العشيرة في جمادى الأولى، ثم بدر الأولى في طلب كرز بن جابر لما أغار على سرح المدينة في جمادى الأخرى كلها سلم، ثم بدر الكبرى في رمضان.

روى العتبي: في السابع عشر منه.

أبو الربيع: وفرغ منها في عقبه أو في شوال.

في ثالثتها: غزوة طلب غطفان إلى نجد سلمًا في صفر؛ وهي غزوة ذي أمر، ثم غزوة بحران معدن بالحجاز سلمًا في شهر ربيع الآخر، ثم غزوة بني قينقاع، حوصروا فنزلوا على حكمه ﷺ، وشفع فيهم عبد الله بن أبي، ثم غزوة أحد في شوال، ثم غزوة

حمراء الأسد على ثمانية أميال من المدينة سادس عشر شوال.

ثانية يوم وقعة أحد سلمًا إرهابًا للعدو، وفي رابعتها: غزوة بني النضير في شهر ربيع الأول، ثم ذات الرقاع في جمادى الأولى سلمًا، ثم بدر الثالثة في شعبان سلمًا.

وقول البخاري[1]: غزوة ذات الرقاع بعد خيبر؛ لأن أبا موسى الأشعري جاء بعد خيبر، حدثني محمد بن العلاء، نا أبو أسامة عن يزيد بن عبد الله بن أبي بردة عن أبي بردة عن أبي موسى قال: "خرجنا مع النبي ﷺ في غزاة، ونحن ستة نفر بيننا بعير نعتقبه، فنقبت أقدامنا، ونقبت قدماي، وسقطت أظفاري، فكنا نلف على أرجلنا الخرق، فسميت غزوة (ذات الرقاع)[2]؛ مشكل لاتفاق أهل السير فيما علمت أنها في الرابعة، وخيبر في السابعة، ولم يتعقبه السهيلي ولا أبو عمر مع وقوفهم على حديث البخاري فيما يظن بهم إلا أن يحمل شهوده إياها قبل هجرته للحبشة؛ لصحة قدومه على النبي ﷺ قبل هجرته للحبشة، وفي خامستها: دومة الجندل سلمًا في شهر ربيع الأول، ثم الخندق؛ وهي الأحزاب في شوال، ثم غزوة بني قريظة إثرها، فنزلوا على حكم سعد، وفي سادستها: طلب بني لحيان إلى عسفان سلمًا في جمادى الأولى، ثم بعد ليال طلب عيينة بن حصن إلى ماء ذي قرد لما أغار على سرح المدينة وفات، ثم غزوة بني المصطلق؛ وهي المريسيع في شعبان، وفيها حادث الإفك.

ابن رُشْد: هذا أصح من القول أنها قبل الخندق.

قالوا: ثم غزوة الحديبية في ذي القعدة بعد قدومه ﷺ من بني المصطلق.

وقول ابن الحاجب: في المريسيع عمرة الحديبية؛ وهم، وفي سابعتها: غزوة خيبر خرج إليها ﷺ في أثناء محرم، وفي منصرفه منها فتح وادي القرى، وبعدها في ذي

---

(1) هو: الإمام أبو عبد الله، محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري. مولى الجعْفِيين، حدّث عن: يحيى بن يحيى، وأبي نعيم، وحدّث عنه: الفربريّ، والإمام مسلم، من كتبه: الجامع الصحيح، الأدب المفرد (194-256هـ).

وانظر ترجمته في: سير أعلام النّبلاء: 12/ 391، تهذيب الكمال: 24/430.

(2) أخرجه البخاري: 4/ 1513، كتاب المغازي باب غزوة ذات الرقاع: رقم (3899)، ومسلم: 3/1449 كتاب الجهاد والسير باب غزوة ذات الرقاع، رقم (1816).

القعدة عمرة القضاء، وقول ابن بشير وابن الحاجب:في غزوة خيبر: عمرة القضاء؛ وهم.

وفي ثامنتها: غزوة مؤتة ببعثه ﷺ إلى الشام الجيش المؤمر عليه زيد بن حارثة، ثم فتح مكة لعشرين من رمضان، ثم غزوة حنين وقعتها أول شوال، ثم الطائف منصرفه ﷺ من حنين، في تاسعتها: غزوة تبوك سلمًا؛ وهي جيش العسرة، فيها جهز عثمان تسعمائة بعير ومائة فارس، وفيها تولى المستحملون وأعينهم تفيض من الدمع، وتخلف كعب بن مالك، ومرارة بن الربيع، وهلال بن أمية، وفي عد أبي عمر، وأبي الربيع، وغيرهما العمرتين في الغزوات نظر؛ لاتفاقهم على أن خروجهما إنما كان للعمرة لا للحرب.

أبو الربيع: وبعوثه وسراياه ﷺ ثمانية وثلاثون، ورواه ابن العربي عن إسحاق.

وروى محمد: لا يخرج لغير متعينه ذو رق، ولو كان مكاتبًا إلا بإذن ربه، ولا ذو أبوين إلا بإذنهما.

محمد: إن خرج دونه رجع حتى يأذنا.

مالك: إن أبيا؛ فلا يكابرهما، ولا يأكل جهازه، وليرفعه أو ثمنه إن خاف فساده، إلا إن كان مليًا؛ فليفعل به ما شاء حتى يمكنه الغزو، فإن مات؛ فهو ميراث، ولو كان جعله على يدي غيره إلا أن يوصي به، فيخرج من ثلثه، أو يشهد بإنفاذه على كل حال فمن رأس ماله.

سَحنون: وأحد الأبوين كالأبوين ولو كانا مشركين إلا أن يعلم أن منعهما كراهة إعانة المسلمين.

سَحنون: وبر الجد والجدة واجب وليس كالأبوين أحب أن يسترضيهما ليأذنا له، فإن أبيا؛ فله أن يخرج، ولا شيء عليه في عم أو عمة، ومن له إخوة وأخوات وعم وعمات وخال وخالات إن كان القائم بهم، ويخاف ضيعتهم بخروجه، فمقامه أفضل وإلا فخروجه، ومن تلزمه نفقته من زوجة وولد إن ترك نفقتهم لهم؛ فله الخروج، وإن كان إنما يعود بعمل يده أمر بالمقام دون قضاء؛ إذ ليس على الفقير مؤاجرة نفسه لينفق، وروى ابن سَحنون: وسمع ابن القاسم: للمدين العديم الغزو دون إذن غريمه.

سَحنون: لو كان مليًا بدينه، ويحل قبل قدومه؛ فله الخروج إن وكل من يقضي عنه.

ابن رُشْد: روى ابن حبيب: توسعة خروجه إن خلف وفاء بدينه، أو كان بإذن غرمائه.

ابن رُشْد: وظاهره: لزوم استئذانه غريمه إن لم يدع وفاءً وهو بعيد.

العُتْبيّ عن سَحنون: أردت غزوًا في البحر، فنهاني عنه ابن القاسم.

ابن رُشْد: لأنه علم أنهم كانوا لا يغزون على الصواب، ولا يحافظون فيه على الصلاة في أوقاتها؛ لأنه في البحر على الصواب من أفضل الأعمال لحديث أم حرام[1].

قُلتُ: أو لرجحان العلم له على الجهاد.

وأفتى ابن رُشْد بسقوط فرض الحج عمن بالأندلس قال: لعدم شرطه؛ وهو الاستطاعة التي هي القدرة على الوصول مع الأمن على النفس والمال، فإذا سقط فرضه؛ صار نفلًا مكروهًا لتقحم الغرر.

قلت قوله: في قوله: نفلاً مكروهًا نظر؛ لأن النفل من أقسام المندوب، وهو والمكروه ضدان، والشيء لا يجامع الأخص من ضده في موضوع واحد إلا أن يريد نفلًا باعتبار أصله مكروهًا باعتبار عارضه كقسم المكروه من النكاح مع أن مطلق النكاح مندوب إليه.

قال: وإن وجدت الاستطاعة فمن أدى فرضه فجهاده أفضل من حجه.

قُلتُ: هو نقل الشيخ عن رواية ابن وَهْب.

قال: ومن لم يؤد فرضه لخرج على القولين في فور الحج وتراخيه، وهذا إن سقط فرض الجهاد عن الأعيان؛ لقيام من قام به، وإن تعين؛ فهو أفضل من حج الفرض اتفاقًا، وأهل العدوة كالأندلس، وهذا في غير من يقوم بفرض الجهاد من حماة الدين، الجهاد هو الواجب عليهم؛ لعدم تعين الحج عليهم إلا من بلغ الستين.

وفي النوادر: ونحوه للقاضي: يخرج لتعينه مطيقه، ولو كان صبيًا أو امرأةً أو ذا رق

---

(1) أخرجه البخاري: 3/ 1069، كتاب الجهاد والسير باب ما قيل في قتال الروم، رقم (2766).

دون إذن.

وشرط وجوبه عينًا القوة عليه، وهي كون العدو ضعف المكلف فأقل، وفي كون الضعف في العدد أو العدة والجلد إن أدركت نسبتهما قولا الأكثر، وابن حبيب مع ابن الماجِشُون وروايته، وعلى الأول قال ابن حبيب: لا يحلّ فرار مائة من ضعفها، ولو كان أشد سلاحًا وقوةً وجلدًا، إلا أن يكون العدو بمحل مدده، ولا مدد للمسلمين، ففي التولية سعة.

الصقلي: المعتبر العدد مع تقارب القوة في السلاح، أما لو لقي مائة غير معدة ضعفها معدًا؛ فلا؛ لأن الواحد معدًا يعدل عشرة غير معدة.

وفي الموازيَّة: لا يحل الفرار من الضعف إلا انحرافًا للقتال أو تحيزًا للفئة؛ كالانحياز للجيش العظيم، أو سرية متقدمة لمتأخرة عنها، وقاله عبد الملك راويًا: لا ينحاز إلا لخوف بين.

ابن سَحنون عن ابن القاسم: لا يحل فرار الناس إن فر إمامهم من ضعف عددهم، ومن فر من الزحف؛ لم تقبل شهادته إلا أن تظهر توبته.

قُلتُ: إنما تظهر بثبوته في زحف آخر.

ابن رُشْد: الفرار كبيرة.

الشيخ: أنكر سَحنون قول العراقيين: لا يفر اثنا عشر ألفًا من عدو ولو كثروا، وعزا ابن رُشْد قول العراقيين لأكثر أهل العلم، وقال به

قال: وهو دليل قول مالك، ولم يحك إنكار سَحنون بحال.

وروى عبد الملك: ليس أمير الجيش كالسرايا في الانحراف، ولهم سعة في أن يثبتوا لقتال أكثر منهم بأضعاف كثيرة، وهم يجدون منصرفًا عنهم، وإن علموا أنهم إن ثبتوا قتلوا؛ فأحب انصرافهم إن قدروا، ومن ثبت حتى قتل؛ رجوت له أفضل الشهادة؛ وإنما الشهادة لمن أيقن بالموت قبل الموت فاحتسب كما قال عمر، وروى أشهب كراهة ذلك.

قُلتُ: كذا وجدته في عتيقتين: أفضل الشهادة، والصواب: فضل الشهادة.

ابن حبيب: وروى أشهب: أحب انصراف من لقي عشرة أو أكثر لعسكره، وهو

في سعة من قتالهم.

وروى علي: إن لقيت سرية أضعافهم، فإن علموا أنهم لا ينكوا العدو؛ فلا يلقوهم؛ لئلا يستأسر بقتلهم.

محمد: لمن نزل العدو به وحده ودعاه للأسر أن يقاتل أو يستأسر.

وفي الواضحة وكتاب ابن سَحنون: عن ابن وَهْب عن ربيعة: إن حصر عدو أهل قرية إن لم يقاتلوا؛ ماتوا جوعًا، وإن خرجوا لقتاله قتلوا أحب إلي خروجهم لقتاله.

وفي كتاب ابن سَحنون: إن أعجزهم الجوع عن القتال؛ خرجوا إن طمعوا في الأسر، وعرف ذلك من العدو، وإلا ماتوا جوعًا ولم يخرجوا.

قُلتُ: للتونسي كلام طويل في الانتقال من موت لآخر، وسمع القرينان: حمل رجل أحاط به العدو على جيشه خوف الأسر خفيف.

ابن رُشْد: وله أن يستأسر اتفاقًا، وحمل الرجل وحده من الجيش الكثيف على جيش للعدو للسمعة والشجاعة مكروه اتفاقًا.

قُلتُ: الصواب: حرمته، ولعله مراده.

قال: وحمله محتسبًا بنفسه؛ ليقوي نفوس المسلمين في كونه مكروهًا منهيًا عنه، أو جائزًا مستحبًا لقوي قول ابن العاصي مع غيره، وفعل جعفر بن أبي طالب ﷺ مع أبي أيوب الأنصاري، والقولان قائمان من السماع، والثاني الصحيح.

محمد: روى أشهب في الرجل بين الصفين يدعو للمبارزة: لا بأس به إن صحت نيته.

وروى سَحنون: لا بأس بالمبارزة.

سَحنون: لا تنبغي إلا لمن يثق بنفسه خوف إدخال الوهن على الناس، وقد بارز أنس بن مالك مرزبان الداره من البحرين فقتله، وأخذ منطقته وسواريه، فقوما بثلاثين ألفًا أو أربعين.

قال لي معن عن مالك: إن دعا العدو للمبارزة، فأكره أن يبارز أحد إلا بإذن الإمام واجتهاده، ونقل عياض عن مالك: تجوز المبارزة مطلقًا دون شرط أمر الإمام، ولم ينقل غيره، إن أراد بالأمر الإذن، فهو خلاف نقل الشيخ، وإن أراد الأخص منه؛

فإخلال بنقل شرط الإذن، فلو خيف قتل المبارز؛ ففي جواز عضده.

نقل الشيخ قولي سَحنون مقيدًا الأول بعدم قتل الكافر؛ لأن مبارزته كعهد أن لا يقتله إلا واحد، وقاله أشهب، كما لو أسره جاز خلاصه منه.

سَحنون: قيل لمالك: أيعضد إن خيف عليه؟ قال: إن خاف الضعف فلا يبارز.

وعزا الباجي الثاني لمحمد عن ابن القاسم قال: ولو قتل الكافر غير مبارزه؛ ففي غرمه ديته قولا محمد عن ابن القاسم وأشهب.

الشيخ عن سَحنون: لو بارز ثلاثة أو أربعة مثلهم؛ جاز أن يعضد من فرغ من مبارزة أصحابه كما فعل علي وحمزة يوم بدر.

ابن حبيب: قال أهل العلم: لا بأس بالمبارزة بإذن الإمام، رب رجل ضعيف يقتل فيهد الناس، ولا بأس أن يعضد إن خيف قتله.

وقيل: لا، لأجل الشرط، ولا يعجبنا؛ لأن العلج إن أسره وجب علينا أن نستنقذه، وقد ضرب شيبة رجل عبيدة بن الحارث بن عبد المطلب في المبارزة فقطعها فكر عليه حمزة وعلي فاستنقذاه منه.

قُلتُ: كانت مبارزة علي وصاحبيه مبارزة جمع لجمع، وتقدم لسَحنون جواز العضد فيه.

روى البزار عن علي ﵁ قال: تقدم عتبة بن ربيعة وتبعه ابنه وأخوه فنادى: من يبارز؟ فبادر إليه شباب من الأنصار، فقال: من أنتم؟ فأخبروه، فقال: لا حاجة لنا فيكم، إنما أردنا بني عمنا، فقال رسول الله ﷺ: قم يا حمزة، قم يا علي، قم يا عبيدة بن الحارث.

قال: فأقبل حمزة إلى عتبة، وأقبلت إلى شيبة، وأقبل عبيدة إلى الوليد.

قال: فلم يلبث حمزة صاحبه إلى أن فرغ منه.

قال: ولم ألبث صاحبي.

قال: واختلفت بين الوليد وبين عتبة ضربتان، وانتحر كل واحد منهما صاحبه.

قال: فأقبلت أنا وحمزة إليهما، وفرغنا من الوليد واحتملنا عبيدة[1].

الجوهري: انتحر القوم على الشيء إذا تشاجروا عليه، وتناحروا في القتال.

الشيخ: روى سَحنون وغيره: كراهة مبارزة الرجل أباه المشرك وكره قتله ابتداءً.

قالوا: ولا بأس بقتل ذوي محارمه مبارزة وغيرها.

سَحنون: إن اضطره أخوه المشرك؛ فلا بأس بقتله، وليس الجد كالأب عندنا في هذا.

الشيخ عن الموازيَّة: أيغزى بغير إذن الإمام؟ قال: أما الجيش والجمع؛ فلا إلا بإذن الإمام، وتوليته واليًا عليهم، وسهل مالك لمن قرب من العدو، ويجد فرصة، ويبعد عليه الإمام.

محمد: كمن هو منه على يوم، ونحوه لأبي زيد عن ابن القاسم: إن طمع قوم بفرصة في عدو قربهم، وخشوا إن أعلموا إمامهم منعهم، فواسع خروجهم، وأحب استئذانهم إياه.

وسمع القرينان: من نزل بهم عدو؛ استأذنوا الإمام في قتاله إن قرب وإلا قاتلوه.

ابن حبيب: سمعت أهل العلم يقولون: إن نهى الإمام عن القتال لمصلحة؛ حرمت مخالفته إلا أن يدهمهم العدو.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم في أهل ثغر تبينت لهم غرة في عدو، والإمام منهم على أيام: لا بأس بإخراج سراياهم دون إذنه إن أمنوا على أنفسهم.

ابن رُشْد: لو حضرهم لم يخرجوا دون إذنه إن كان عدلًا لسماع عبد الملك ابن وَهْب: إن كان غير عدل لم يشترط إذنه في مبارزة ولا في قتال.

ابن رُشْد: وطاعته لازمة، ولو كان غير عدل ما لم يأمر بمعصية، للأحاديث الثابتة.

الشيخ عن سَحنون: تجب طاعة الأمير ولو فيما لا يعلمون عاقبته، ولا يسألوه عنها.

---

(1) أخرجه أبو داود: 2/ 59، رقم (2665) كتاب الجهاد.

قُلتُ: يريد: إذا كان عدلًا.

قال: وقد منع عمرو بن العاص جيشه، وقيد النار في ليلة باردة، فلما قدموا شكوا لرسول الله ﷺ.

قال عمرو: كان في أصحابي قلة، فكرهت أن يراهم العدو، فأعجبه ﷺ ذلك.

قال: وإنما يسألونه فيما يخاف فيه الهلكة، ويجتمع على أنه خطأ، فيسألونه ويناظرونه، فإن أظهر صوابه؛ أطاعوه وإلا فلا، وقد رجع الصحابة لرأي أبي بكر في قتال أهل الردة وإنفاذ جيش أسامة، وإن رأى بعضهم رأي الأمير رجع إليه من خالفه، والإمارة في الحرب غير الإمارة في غيره؛ إنما يقدم فيها العالم بها مع الفضل، ولا ينظر في نسبه أعربي هو أو مولى؟ وقد يقدم فيها الأدنى فضلاً على الأفضل لفضل علمه بها.

وسمع القرينان: قيل لمالك: يقال: خير السرايا أربعمائة. قال: قد بعث ﷺ أبا عبيدة على سرية فيها ثلاثمائة، وربما بعث الرجل والرجلين سرية.

ابن سَحنون عنه: ليس في السرية حد؛ إنما ذلك باجتهاد الوالي بقدر ما يرى من شدة الخوف وكثرة العدو.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: لا بأس ببعث السرايا سرًا وعلانيةً، ولا أرى إلا أن يكون كتيبة من ذوي شجاعة ولو قلوا، (رب رجل خير من كتيبة)، ولا ينبغي أن يكون في غرر؛ لأن وهنها وهن للجيش.

الشيخ عن الموازيَّة: لا تخرج سرية دون إذن الإمام.

عبد الملك: إن خرجوا دون إذنه عصوا، ولا ينفلون ويؤدبون.

سَحنون: أصحابنا يرون إن خرجوا في قلة وغرر دون إذنه؛ فله منعهم الغنيمة؛ أدبًا لهم.

سَحنون: أما جماعة لا يخاف عليهم؛ فلا يحرموا الغنيمة.

و روى ابن القاسم في قوم أتوا المصيصة، فوجدوا الوالي أخرج سرية، فلحقوا بهم، ولم يدخلوا القرية خوف منع الوالي من لحوقهم بهم؛ لا بأس بذلك.

[باب الرباط]

والرباط: المقام حيث يخشى العدو بأرض الإسلام لدفعه(1).

الباجي: ولو بتكثير السواد.

الشيخ: عن كتاب ابن سَحنون وغيره: قال مالك: ليس من سكن بأهله كالإسكندرية وأطرابلس ونحوهما من السواحل بمرابطين؛ إنما المرابط من خرج من منزله يرابط في نحر العدو حيث الخوف.

ابن حبيب: قال مالك: سكان الثغور؛ يريد بالأهل والولد ليسوا بمرابطين، وذكر مثل ما تقدم.

الباجي: وعندي أن من اختار استيطان ثغر للرباط فقط، ولولا ذلك لأمكنه المقام بغيره؛ له حكم الرباط.

قُلتُ: هو مقتضى نقل ابن الرقيق أن سبب خط القيروان بمحلها رعي كون بينها وبين البحر أقل من مسافة القصر؛ لتكون حرسًا.

الباجي: إذا ارتفع الخوف عن الثغر كقوة الإسلام به أو لبعده عن العدو؛ زال حكم الرباط عنه.

وقد قال مالك فيمن جعل شيئًا في السبيل: لا يجعل في جدة؛ لأن الخوف الذي كان بها ذهب.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (المقام)؛ اسم مصدر، وقوله: (حيث يخشى العدو)؛ ظاهره: ولو كان في ليلة واحدة، وهو كذلك، ومنتهاه قيل: أربعون ليلة، وظاهره: ولو كان بالأهل، وفيه خلاف أشار إليه بعد، ولو قال: بغير أهل على رأي ومطلقًا على آخر؛ لصح قوله: حيث يخشى العدو احترز به مما إذا كان الموضع لا يخشى منه عدو في حالة الرباط، فإنه لا يسمى رباطًا شرعًا، وهو كذلك، ولو نزل به العدو مرة واحدة، ولم يعد بعد سنين، فإنه ليس برباط كذا، قيل: في المذهب، (فإن قلت): وقع في الحديث: «فذلكم الرباط فذلكم الرباط» في الحث على طاعة مخصوصة، وذلك يدل عموم الرباط، وصدقه في غير ما ذكر.

(قُلتُ): ذلك مبالغة لا حقيقة.

قوله: (لدفعه)؛ معناه: لأجل قصد دفعه أخرج به ما إذا قام بالموضع لا لذلك، وانظر فيما إذا شرك في نيته، كما إذا حج ونوى التجر، والله أعلم.

الشيخ عن ابن حبيب: روي إذا نزل العدو بموضع مرة؛ فهو رباط أربعين سنة.

وروى ابن وَهْب: الرباط أحب إلي من الغزو، على غير وجهه، وهو على الصواب: أحب إلي من الرباط.

ابن رُشْد: إلا إذا خيف على موضع الرباط.

الباجي: لا يبلغ الرباط درجة الجهاد.

ابن سَحنون: روى ابن وَهْب: لم يبلغني أن أحدًا ممن يقتدى به من صاحب وغيره خرج من المدينة للرباط إلا واحدًا أو اثنين، وهي أحب المساكن إلا من خرج له، ثم رجع إليه.

ابن حبيب: روي عنه ﷺ: (تمام الرباط أربعين ليلة).

وفي غصبها: يكون بالثغور.

فيقال: قال الإمام: لا تجز سواه إلا بإذني.

قال مالك: ويقول: لا تصلوا إلا بإذني لا يلتفت لقوله، وفي الدعوة قبل القتال طرق.

الشيخ عن ابن سَحنون: في وجوبها ثالثها: تسقط فيمن قرب؛ كالمصيصة وطرسوس للحسن، ومالك مع أكثر العلماء، ورواية ابن الماجِشُون.

اللخمي: تجب لمن لم تبلغه دعوة الإسلام اتفاقًا، وفيمن بلغته روايتان، ثم قال: تجب على الجيش العظيم فيمن لا يطيقه، وغلب على الظن إجابته للإسلام أو الجزية، وقد يظن عدم قبول ذلك منه لتأخره، ومن علم قبول ذلك منه، ولم يغلب على الظن إجابته ورجيت؛ استحبت، وإن لم ترج؛ أبيحت، وإن قل المسلمون، وخشي تحرز العدو منهم؛ منعت.

المازري: ضبط المذهب للمتأخرين: من جهل الدعوة؛ وجبت له، وفي غيره قولان، وعندي ثالثها لمن جهلها، ورابعها: في كثير الجيش الآمن غائلة العدو لا في غيره لأحد قوليه لها فيها، وابن سَحنون عنه، وثاني قوليها، وظاهر كلام أَصْبَغ، ثم قال: من عاجلنا سقطت، وإن أمكنت، وتحقق جهله بها؛ وجبت إجابته ورجت، ولم يحسن اختلافًا، والأحسن حمله وتفصيلًا.

ابن رُشْد: من لم يبلغه أمر الإسلام، أو بلغه، وجهل ما يدعى إليه، وظن إنما يقاتل؛ ليغلب أو يملك؛ وجبت دعوته في الجيوش، وعلى قول جل أهل العلم أن دعوة الإسلام عمت العالم سقط الأول، ومن علم ما يقاتل عليه؛ لم يلزم إعلامه قبل بعث السرايا إليه، وجاز للإمام إعلامه بذلك لا لأمير السرية إذا دخل؛ لأنه تأليب عليها، وفي سقوطها في الجيوش، والصوائف ووجوبها مطلقًا، أو إن رجيت إجابته، رابعها: إن تيقنت؛ وجبت، وإن رجيت؛ استحبت، وإن أيست؛ جازت.

لسَحنون مع الآتي على مذهب مالك وأَصْبَغ ويحيى بن سعيد فيها وغيره: ومن شك في بلوغه الدعوة، فإن بعد عن الدروب؛ حمل على عدم بلوغها إياه، اتفق عليه قول مالك، ولو قرب، ففي كونها كذلك؛ فتجب دعوته أولًا، فتسقط قولا مالك فيها.

وسمع ابن القاسم في قتال المصيصة: لا يقاتلوا إلا أن يدعوا.

ابن بشير: في وجوبها ثالث الروايات فيمن بعدت داره، وخيف جهله ما قصد منه، رابعها: في كثير الجيش الآمن وللمتأخرين، في هذه الروايات طرق:

أولاها: ردها للثالثة.

وثانيها: بقاؤها على ظاهرها.

وثالثها: ردها لثلاثة أقوال: ثالثها: ثالثها المازري: في سبب الخلاف طريقان:

الفقهية: اختلاف الأحاديث في ثبوتها ونفيها الآيل لتقديم المثبت أو النافي أو الجمع بينهما.

وفي الطريق الأصولية قولان:

قال بعض الأصوليين: هو ما قيل: لم يخل العقل من سمع لقوله تعالى: ﴿كُلَّمَآ أُلۡقِيَ فِيهَا فَوۡجٞ سَأَلَهُمۡ خَزَنَتُهَآ﴾ [الملك: 8]، ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا﴾ [الإسراء: 15]، ﴿وَإِن مِّنۡ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٞ﴾ [فاطر: 24]؛ فعموم الإرسال للخلق يوجب بلوغ الدعوة، وما قيل: بخلوه عنها، فلسنا على ثقة بأن الكفار علموا ما يدعون إليه.

وقال بعضهم: هو قول أهل السنة بعدم تحسين العقل وتقبيحه فلا يوجب شيئًا، فتجب الدعوة للإعلام بما أوجب الشرع.

وقول المعتزلة بتحسينه، فتسقط الدعوة لخطاب الكافر من ناحية عقله، ولنا فيهما

تعقب يطول ذكره، وذكر ابن بشير الطريقين دون تعقب، وقد يتعقب بأنه لا يلزم من عدم الخلو عن السمع سقوط الدعوة؛ لأن السمع ينسخ بعضه بعضًا، فتجب الدعوة للإعلام بالنسخ، وبيان الناسخ، وبأنه لا يلزم من إدراك العقل وجوب التكليف بالتوحيد ووجوب الإرسال إدراك متعلق الدعوة، وعلى وجوب الدعوة لو قوتل من وجبت له دونها فقتل وسبي فطرق:

ابن محرز عن سَحنون: لا دية ولا كفارة ولا ضمان.

ابن محرز: كمن قتل مرتدًا قبل استتابته.

قيل: دمه هدر، ونحوه للصقلي، وحكاه المازري كأنه المذهب.

قال: وقال بعض أصحابنا البغداديين: القائل بهذا لو قتل دونها من تمسك بمقتضى كتابه، وآمن بنبيه ونبينا ﷺ، وجهل بعثه؛ ففيه الدية، فإن أراد الدية الكاملة؛ فهو كقول الشافعي، وهو يجري على القولين في ثبوت حكم النسخ بنزوله أو بلاغه.

قُلتُ: اللازم عليه ديته في دينه لا دية المسلم.

ابن بشير: على مذهب المعتزلة لا دية فيها، وعلى خلو العقل من سمع تلزم الدية.

وقال بعض البغداديين: لا نص فيه، وخرجه على القولين في خلو العقل من سمع.

قُلتُ: الذي للباجي: قال ابن القُصَّار: ولا نص فيها لمالك.

والأظهر عندي قول أبي حنيفة: لا دية، ولم يذكر تخريجًا.

ابن رُشْد: إن قتل أو سبي قبل الدعوة من لم يبلغه أمر الإسلام، أو بلغه، وجهل ما يدعى إليه، وظن أن قتاله ليقتل أو يملك؛ رد في الأول لا الثاني، وعلى قول جل أهل العلم أن دعوة الإسلام عمت العالم؛ سقط الأول.

وفيها: فرق بين الروم والقبط.

وقال: لا يقاتلوا ولا يبيتوا حتى يدعوا.

عبد الحق: لأنهم لا يفقهون ما يدعون إليه.

زاد في تهذيبه: وأنكر بعضهم هذا، وقال: هم من أحذق الناس في الأعمال والحساب وغير ذلك؛ إنما العلة أنهم ركنوا بظلم في عهد كان لهم، وعزا ابن محرز الأول

للمذاكرين والثاني لابن شبلون.

القرافي: قيل: لشرفهم بسبب مارية وهاجر، ولقوله ﷺ: **«استوصوا بالقبط خيرًا فإن لهم نسبًا وصهرًا»**[1].

قُلتُ: تعليل وجوب دعوتهم بعدم فهمهم إياها متناف، وفي كراهة تبييت العدو وإجازته رواية ابن عبد الحَكَم وقول محمد.

اللخمي: من وجبت دعوته؛ منع تبييته، ومن استحبت؛ كره، ومن أبيحت؛ أبيح ما لم يخف على المسلم؛ لجهلهم موضع العدو، وفي صفة الدعوة طرق:

عبد الحق عن ابن حبيب: إنما يدعو إلى الإسلام جملة، وإلى الجزية كذلك لا تذكر الشرائع إلا أن يسلموا، فيبين لهم، أو يسألوا عن الجزية فتبين لهم، وقاله الأخوان.

الشيخ عن ابن حبيب: أمر ﷺ أن يدعوا إلى الإسلام والصلوات الخمس، وصوم رمضان، والحج والزكاة.

ومقتضى الروايات؛ إنما يدعى إلى الجزية من تقبل منه حسبما يأتي إن شاء الله.

اللخمي: هي أقسام مرجعها أن يدعوا إلى الرجوع عن الوجه الذي به كفروا، ثم بعد ذلك إلى الصلاة والزكاة والصوم والحج، فإن أقر بالتوحيد والرسالة وأنكر الصلاة أو الزكاة أو الصوم أو الحج؛ فمرتد إن رجع للإقرار بذلك، وإلا قتل ولم تقبل منه جزية.

قُلتُ: هذا خلاف ظاهر نقل الموثقين عن المذهب.

قال ابن فتوح وابن العطار وابن الهندي: من أجاب إلى الإسلام مجملًا، ولم يقر بالصلاة، ثم ارتد؛ لم يقتل إلا أن يثبت أنه صلى ولو صلاة واحدة.

ابن الهندي: ويؤكده قول ابن عبد الحَكَم: إن أسلم وحسن إسلامه، ثم رجع؛ استتيب.

قال: فقوله: حسن إسلامه؛ يدل على اعتباره بالقول والعمل.

---

(1) أخرجه ابن حبان: 15/ 67، كتاب التاريخ باب إخباره ﷺ عما يكون في أمته من الفتن والحوادث رقم (6676)، والحاكم: 2/ 603، كتاب التفسير: رقم(4032)، بلفظ: فإن لهم ذمة ورحمًا.

المتيطي: إن لم يوقف الإسلامي على شرائع الإسلام؛ فالمشهور أنه يؤدب ويشدد عليه، فإن أبى؛ ترك في لعنة الله، ولم يقتل، وقاله مالك، وابن القاسم، وابن عبد الحكم وغيرهم، وبه القضاء.

وقال أَصْبَغ في الواضحة: إذا شهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله، ثم رجع ولو عن قرب؛ فهو مرتد وإن لم يصل.

المتيطي: لو اغتسل لإسلامه ولم يصل إلا أنه حسن إسلامه، ثم رجع عنه، فإنه يؤمر بالصلاة، فإن أبى؛ قتل، وقال ابن القاسم: لا يقتل حتى يصلي ولو ركعة.

وفيها: لا توطأ الأمة من غير أهل الكتاب حتى تجيب إلى الإسلام بأن تشهد أن لا إله إلا الله أو تصلي.

الشيخ عن سَحنون: من أجاب للإسلام أو الجزية؛ لم يؤمر بالتحول من محله إن كان تحت حكم الإسلام آمنًا من غيره وإلا تحول إليه.

وفيها: لعلي ﷺ: الدعوة ثلاث مرات، وفي الأمر بدعاء المحارب للتقوى قبل قتاله لمن لم يعاجله، والنهي عنه أولى روايتي اللخمي معها، وقول عبد الملك قائلاً: خذه من أقرب حاله مع ثاني روايتي اللخمي يجب على من لقي لصًا حرصه على قتله، ولو قطع على غيرك، وسلمت منه؛ وجب رجوعك إليه، ولو طلب ثوبًا أو ما خف، ففي إعطائه لترك قتاله رواية اللخمي معها، وقول عبد الملك: لا يعطه إن رجا دفعه، وخرجهما اللخمي على وجوب جهاده وعدمه، واختار إن كان غير مشهور؛ لم يبح قتله إلا لضرورة دفعه عن نفسه، وإن كان مشهورًا ممتنعًا بموضع إن ترك تحصن به، وعاد للحرابة تعين قتاله، وإن كان غير ممتنع ممن يريد قتاله، ولا يخاف على أحد منه؛ لم يقتل إلا أن يؤذن الإمام إلى قتاله، ولم يجب، وذلك للإمام.

الشيخ: قال سَحنون: أجمع العلماء على جواز القتال في الشهر الحرام، وروى: لم أسمع أحدًا قال: لا يقاتل في الشهر الحرام، وروى سَحنون: لم يزل الناس يغزون الروم، وغيرهم وتركوا الحبشة، وما أرى تركهم إلا لأمر، فلا يخرج إليهم حتى يستبان أمرهم، فإن كانوا ظلموا؛ لم يقاتلوا، والاستعانة بالكفار في منعها ثالثها إن لم يكونوا منحازين بناحية للمشهور،

وابن رُشْد عن رواية أبي الفرج مع نقل عياض: قال بعض علمائنا: إنما كان النهي في وقت خاص.

وابن بشير عن الشاذ واللخمي مع الشيخ عن ابن حبيب قائلاً: لا بأس أن يقوم بحربي يسالمه على من لم يسالمه.

وقول ابن بشير: وعلى الشاذ في جوازه مطلقًا أو في الخدمة مطلقًا خلاف نصها: لا بأس أن يكونوا نواتية أو خدمًا، ولا يستعان بهم في القتال.

وروى اللخمي: يجوز استعماله في خدمة أو صنعة.

ابن رُشْد: لا بأس أن يستعار منهم السلاح، ولو استعين بهم؛ ففي الإسهام لهم طريقان:

ابن رُشْد: إن كانوا مكافئين للمسلمين، أو هم الغالبون؛ قسمت الغنيمة بينهم وبين المسلمين قبل أن تخمس، ثم يخمس سهم المسلمين فقط.

عياض: في الإسهام لهم إن كان جيش المسلمين إنما قوي بهم قولا سَحنون ومالك.

وسمع يحيى ابن القاسم: لا أحب إذن الإمام لهم في الغزو، ولا يخمس ما غنموا، ولا يقسمه بينهم حكم المسلمين إلا أن يرضوا فيقسم بينهم قسم الإسلام، وإلا فأمرهم لأساقفتهم.

قُلتُ: ظاهره: عدم اشتراط رضا أساقفتهم في القسم بينهم وفيه خلاف.

ابن رُشْد: في منعه من الخروج، وتركهم دون إذن لهم قولا أَصْبَغ يمنعون أشد منع، ودليل السماع: لا أحب إذن الإمام لهم.

[باب الديوان]

والديوان: لقب لرسم جمع أسماء أنواع المعدين لقتال العدو بعطاء[1].

وفيها: لسَحنون عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعي: أوقف عمر والصحابة ﷺ الفيء، وخراج الأرضين للمجاهدين، ففرض منه للمقاتلين والعيال والذرية؛ فصار سنة، فمن افترض فيه ونيته الجهاد؛ فلا بأس به، وأسند سَحنون أن أبا ذر قال لمن قال له: لا أفترض: افترض فإنه اليوم معونة وقوة، فإذا كان ثمن دين أحدكم فلا تقربوه.

وفيها: لم ير مالك بأسًا بمثل ديوان مصر، والمدينة ودواوين العرب.

اللخمي: إن كان العطاء من مباح.

قُلتُ: هو معنى قول مالك.

اللخمي: ويستحب كون الغزو دون أجر، وسمع ابن القاسم: لا أرى لغني قبول فرس أو سلاح أعطيه في الجهاد، ولا بأس به للمحتاج.

ابن رُشْد: قبول المحتاج أفضل إجماعا لأنه من إعلاء كلمة الله بالقوة على الجهاد، وسمع ابن القاسم: من أعطي شيئًا في السبيل من الوالي؛ فلا بأس به.

ابن القاسم: يريد: الخلفاء، وغيرهم لا يجوز الأخذ منه.

ابن رُشْد: إلا أن يكون فوض لهم في ذلك.

وفيها: بسند الوليد بن مسلم إلى ابن محيريز قال: (ذوو العطاء أفضل من المتطوعة لما يروعون).

قُلتُ: في سنده ابن لهيعة وهو ضعيف، وحاصله الترجيح بكثرة العمل، فإذا اتحد كان دون عطاء أفضل.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (لقب رسم)؛ أي: لفظ دل على رسم، وهو الرسم لجمع الأسماء.
قوله: (أنواع)؛ الأنواع بمعنى الأصناف؛ أي: أصناف المعدين.
قوله: (لقتال العدو)؛ احترز به من قتال غير العدو كقتال أهل الحرابة وغيرهم.
قوله: (لعطاء)؛ متعلق بالجمع؛ أي: الجمع لأجل العطاء؛ وهو المال الذي يعطى للمقاتلة، وأصل ذلك من فعل الإمام سيدنا عمر ﷺ، وصار سنة بعده، وهو من حسناته، والله ينفعنا به.

ابن رُشْد: من أعطى شيئًا في السبيل؛ فالمذهب قصر صرفه في غزوه إلى بلوغه رأس مغزاه، وما فضل بعد بلوغه لا يرجع لملك معطيه، وفي جواز إنفاقه منه في رجوعه، وصرف باقيه في غزو غيره، وصيرورة كله ملكًا له، ثالثها: وجوب صرف كله في غزو غيره، ورابعها: إن أعطاه لينفقه فيه على نفسه رد باقيه لربه، وإن أعطاه لينفقه فيه لا على نفسه؛ رد ما بقي في السبيل لابن حبيب، وأحد قولي سَحنون مع فضل عن مالك وأصحابه، وسماع القرينين، وثاني قولي سَحنون، وعلى الثالث في استحباب صرفه هو لغيره في السبيل دون رده لربه؛ ليصرفه ربه في ذلك، وتخييره في الأمرين سماعًا ابن القاسم والقرينين.

وسمعا: لو قال: أردت كون الفضل ملكًا للمعطي لسماع ابن القاسم ذلك في قوله صدق، وسمع ابن القاسم: لو قال: أردت كونه لي؛ صدق، ولو كان المعطى في السبيل فرسًا أو سلاحًا؛ ففي حمله على التحبيس حتى ينص على التبتيل وعكسه حكاية سَحنون رواية ابن القاسم وظاهر سماعه، وسمع: من أعطي شيئًا في حج؛ ففضله لربه.

ابن رُشْد: الفرق عند مالك أن الغزو لا منتهى له وللحج منتهى، وعليه لو أعطي عينًا في غزاة معينة؛ رجع فضلها لربها، وسمع من تجهز لغزو، وبدا له أحب دفع جهازه لغيره.

ابن رُشْد: ولو بدا له في تأخيره لخروجه في غزاة أخرى؛ رفعه لها، ولو خيف فساده رفع ثمنه لها إلا أن يكون موسرًا يجد مثل جهازه في غزاة أخرى، فليفعل به ما شاء، وسمع من أوصى بمال في السبيل أحب إلي أن يعطي من يغزو به من بلد الموصى من بعثه؛ ليقسم في الثغور والرباط خوف ضياعه بالطريق.

ابن رُشْد: خير فيه في سماع أشهب في الوصايا.

قُلتُ: لعله مع الأمن.

وفيها: لمالك: لا بأس بجعل القاعد من ديوان للخارج منه دونه، وربما لم يخرج لهم عطاء، وهو العمل عندنا.

ابن القاسم: جعله لمن ليس من أهل الديوان لم أسمعه منه ولا يعجبني، وهو أشد كراهة من كراهته لمن يرابط مؤاجرة فرسه في غزو أو رباط، ولم يعجبه لمن معه في سبيل

الله فرس أن يؤاجره، والجعالة لمن في ديوان ليست إجارة؛ لأن عليهم سد الثغور.

التونسي: لو عين الإمام من يخرج باسمه أو صفته؛ لم يجز أن يجعل لمن يخرج عنه إلا بإذنه، وينبغي إن أتاه بمن يقوم مقامه أن يقبله.

الصقلي: وسهم الخارج بجعالة من ديوان واحد للجاعل، لا للخارج، به أفتى شُيُوخنا، وحكي عن بعض القرويين.

قُلتُ: الأظهر أنه بينهما؛ لأنه لولا الجعالة احتمل وجوب خروج الجاعل بالقرعة فيكون الخارج أجيرًا، فيستحقه الجاعل، ويحتمل العكس فيستحقه الخارج، أما لو كانت المجاعلة بعد تعين الجاعل بقرعة، أو كان الخارج من غير ديوانه فكما قالوا، وفيه نظر؛ لأن قواعد الشرع تقتضي أن استحقاق الإسهام؛ إنما هو بمباشرة حضور القتال، أو الخروج له إن عاقه عن حضوره ما لا يقدر على دفعه، وتركه اختيارًا لا في مصلحة الخارجين يمنعه، وسمع القرينان في بعوث يتجاعل فيها؛ لخوفها كبعوث المغرب يغرم فيها القاعد للجاعل، فيكون للوالي الهوى في بعضهم من أهل الفضل والصلاح، فيجعله في رفعة؛ ليسلم من غرم الجعائل كراهة ذلك.

قيل: لابد له من رفع بعضهم إن احتاج استعان بهم، فيسأله ذو الفضل والصلاح جعله في ذلك الرفع؛ ليسلم من الغرم.

قال: هذا شيء جعل للسلطان فهو أخف.

ابن رُشْد: قد كره أن يحابى بعض أهل الفضل والصلاح بجعله في الذين يمسكهم للحاجة إليهم؛ ليسلموا من الغرم، وخففه إن لم يحاب، ولم يكن له بد من إمساك بعضهم للحاجة إليه، وذلك مكروه للسائل.

وفيها: عن ابن عباس: لا بأس بالطوى من ماحوز لآخر إذا ضمنه الإنسان.

قُلتُ: الطوى: المجاوزة.

في المحكم: طوى المكان إلى المكان جاوزه.

والماحوز: الناحية.

في المحكم: كل ناحية على حدة حيز، وجمعه أحياز نادر، وقياسه حيائز بالهمز عند سيبويه، وحياوز بالواو عند أبي الحسن.

قُلتُ: ومعنى ضمنه الإنسان: أي: كفي فيه وقام بحربه.

وفيها: ليحيى بن سعيد والليث: لو قال في الطوى: خذ بعثي وبعثك، وأزيدك دينارًا أو بعيرًا؛ فلا بأس به.

قال عبد الرحمن بن شريح: يكره أن يعقد الطوى قبل أن يكتتبا في البعثين اللذين يتطاويان فيهما فيقول أحدهما للآخر: اكتتب في بعث كذا، وأنا أكتتب في بعث كذا، ثم يعقدان الطوى على ذلك، وأما بعد الكتابة؛ فلم أسمع من ينكره إلا من يفعله التماسًا للزيادة في الجعل.

التونسي: كون ذلك قبل الكتابة غير متصور؛ لأنه لم يجب عليهما شيء يخرجان فيه، ولا فائدة في إعطاء أحدهما الآخر شيئًا في شيء لا يجب عليه وبعد الكتابة، وحضور الخروج جائز، وقبل حضورها يقول: خذ بعثي وآخذ بعثك، وما كان لي فهو لك، وما كان لك؛ فهو لي وأزيدك كذا، فهذا هو الدين بالدين، ولعله المعنى الذي كره أن يعقد الطوى قبل الكتبة، يريد: قبل حضور ما يأخذانه وحلوله.

قُلتُ: يرد إلزامه الدين بالدين بأنه ليس يع في الرواية: ما كان لي؛ فهو لك، وما كان لك؛ فهو لي، إنما فيها: خذ بعثي وآخذ بعثك؛ حسبما مر، ومعناه: اخرج لبعثي بالمغرب، وأخرج لبعثك بالشام، وأزيدك كذا لسهولة بعث الشام؛ فالزيادة هنا لمكان السهولة كما كانت في الجعائل لمكان القعود، وعلى تسليم ثبوت ذلك في الرواية لا يلزم الدين بالدين؛ لأن ما يأخذانه إنما هو من معط واحد؛ لأنهما من ديوان واحد، وغالب العطاء من صنف واحد وهو العين، فإن تساوا عطاءاهما؛ فلا معاوضة، وآل الأمر لمحض الزيادة، وإن اختلفا؛ صارت الزيادة من العطاء، ولا يدفعه من عنده، وإنما يتصور ذلك إن التزم كل واحد دفع ذلك من عنده في ذمته، ولو كان كذلك؛ كان ربا أشد من الدين بالدين، إلا أن يكون عطاء أحدهما من غير صنف عطاء الآخر، فيكون الدين بالدين، وحمل الأثر على ذلك بعيد، وهذا يرد توجيهه أثر عبد الرحمن بما ذكر، ووجهه أنه قبل الكتاب يؤدي إلى كذبهما عند الكتب وبعدها لا يؤدي إليه.

وفيها: قلت: لو تنازعا في اسم في العطاء، فأعطى أحدهما الآخر دراهم على أن يدع له الاسم.

قال: قال مالك: من أراد بيع ما زيد في عطائه بعرض؛ لم يجز، فكذا مسألتك.

التونسي: يريد: خرج العطاء لزيد بن عمرو فادعياه واسم كل منهما كذلك.

اللخمي: إن كان تنازعهما قبل خروج العطاء يخير الإمام فيهما، وإن كان عند خروجه دون بعث وهما من ديوان واحد؛ تحالفا، وقسم العطاء نصفين، ومن نكل منهما اختص به منازعه الحالف، فإن أثبتا معًا فرق بين اسميهما، وإن كان حين بعث ... معينة هما منها؛ فكذلك، إلا أن يرى الإمام بعث أحدهما دون الآخر، فإن كان أحدهما ليس منها؛ كان العطاء للآخر إلا أن يرى الإمام خروج من ليس منها أولى، وإن كانا من بعث مبهم كقوله: يخرج بعث الثغر الفلاني، أو الجيش الفلاني؛ تحالفا كما مر ويخرجان أو يقترعان، فمن طارت قرعته خرج دون أخذ شيء من منازعه، واقتراعهما للتخفيف عليهما في عدم خروجهما معًا لا ليرد أحدهما على الآخر شيئًا؛ لأن حق الأمير إنما هو على أحدهما فقط.

التونسي: لو كان تنازعهما في عطاء لخروج غير ثابت؛ تخير الأمير فيهما.

وفيها: ما سمعت منه في الإدراب بالنساء لأرض الحرب شيئًا، وقال: لا بأس أن يخرج بهن إلى السواحل كالإسكندرية، ولا بأس عندي بالغزو بهن في عسكر أمين، وذكره الشيخ لرواية محمد وابن حبيب، وروى سَحنون: لا يعجبني أن يغزو بأم ولده.

سَحنون: ويخرج بأهله لأمين المواضع الكثير الأهل كالإسكندرية وتونس، وشك في سفاقس وسوسة، ولا يخرج لغيرهما من سواحلنا.

وروى ابن حبيب تعليل النهي عن السفر بالقرآن لأرض العدو لخوف نيله العدو.

ابن حبيب: لما يخشى من استهزائهم وعبثهم، وتصغير ما عظم الله.

وقول اللخمي: اختلف في ذلك، فذكر قول مالك، وقول ابن حبيب يقتضي تباينهما وليس كذلك؛ لأن قول ابن حبيب تفسير لقول مالك.

سَحنون: ولا يجوز ولا في جيش كبير.

ابن حبيب: خوف نسيانه فيناله العدو.

اللخمي: هذا استحسان، والغالب السلامة.

الباجي عن ابن الماجِشُون: لا يسعف الطاغية طلبه مصحفًا يتدبره، ولا يعلم كافر قرآنًا ولا كتابًا.

محمد وابن حبيب: ولا بأس بقراءته عليه احتجاجًا.

عياض: أجاز الفقهاء الكتب لهم بالآية، ونحوها في الكتاب يدعون به للإسلام والموعظة.

أبو عمر: يجوز ذلك للضرورة.

وفيها: لمن أحرق العدو سفينته طرح نفسه في البحر؛ لأنه فر من موت لآخر.

ربيعة: صبره أولى، وقال أيضًا: لا يفر من موت لآخر أيسر.

اللخمي عنه: له أن يثبت للموت ولا يفر للأسر.

وروى أبو الفرج: لمن أظله العدو إلقاء نفسه في البحر.

اللخمي: كلاهما غير بين، لا يلقي نفسه بنفس إتيانه العدو، والأسر مقدم على الموت، والطرح لخوف موت الحرق خفيف، والموت بما ينزل أولى منه بفعل نفسه.

وفي وجوب أكل الميتة وإباحتها لخائف الموت بالجوع خلاف.

قُلتُ: لم يذكر عز الدين ابن عبد السلام غير وجوب الأكل، وساقه مساق الاتفاق عليه، وهو ظاهر كلام الصقلي وغيره.

قال عز الدين: إن استوت مدة الحياة في الإحراق والإغراق؛ فالأصح عدم لزوم الصبر على الأشد ألمًا؛ إنما يجب الصبر عليه إذا تضمن الصبر بقاء الحياة.

قُلتُ: هذا إن تساوت الحالتان في الثبوت على ذكر الشهادتين وإلا ترجحت حالته.

وسمع سَحنون ابن القاسم: لمن خاف نارًا أن يلقي نفسه في الماء فيموت.

ابن رُشْد: قاله مالك فيها: وربيعة مرة، ومرة قال: لا يحل، والصواب أن تركه أفضل وفعله جائز.

ابن بشير: ما رجي فيه السلامة من بقاء أو انتقال وجب.

وفي جواز انتقاله في القطع بالتساوي قولان:

التونسي عن سَحنون: لو بلغ من حصره عدو من الجوع ما أعجزه عن القتال، ولا

نجاة بأسر صبر للموت جوعًا، ولا يخرج لقتله العدو، وأشار لإجراء خروجه لقتله على الانتقال من موت لموت.

وتعقب ابن عبد السلام عزو بعضهم هذا لابن سَحنون بأنه إنما ذكره الشيخ على أنه من كلام ربيعة، ولم يتعقب إجراءه.

وفي تعقبه على بعضهم نظر؛ لأن التونسي ذكره نصًا لابن سَحنون، فالناقل عن التونسي بريء؛ لأنه نقل عن ثقة، ولفظ النوادر محتمل؛ لأن نصه بعد ذكره كلامًا لربيعة من الواضحة وكتاب ابن سَحنون.

قال في كتاب ابن سَحنون: فيحتمل عود ضمير (قال) على ربيعة، ويحتمل أن يكون كلام ربيعة انقضى، وأتى بكلام ابن سَحنون في كتابه على عادته، ويرد إجراء التونسي بأن الانتقال إنما أجازوه حيث لا يوجب تشفيًا للعدو بنيله قتل المسلم بيده.

والأسير إن ترك بعهده ألا يهرب، أو لا يخون ظاهر أقوالهم لزومه اتفاقًا، وهو ظاهر قول ابن حارث: يجب على المسلم الوفاء بعهده العدو اتفاقًا.

وفي لزومه العقد ولو كان مكرهًا عليه، أو إن كان غير مكره؛ نقلا المازري عن الأشياخ: وإن ترك دون استئمان ويمين؛ فله الهروب بنفسه، وما أمكنه من قتل، وأخذ مال إن قدر على النجاة، وإن ترك بائتمان أو أيمان طلاق أو غيره، ففي كونه كذلك أو كالعهد، ثالثها: له الهروب بنفسه فقط لابن رُشْد عن المخزومي(1) في المبسوطة مع ابن الماجِشُون، وسماع عيسى ابن القاسم مع سماعه أَصْبَغ والأخوين مع روايتهما.

قُلتُ: وعزاه الشيخ لسَحنون وروايته، وعزا الصقلي الثاني لسَحنون، وعزا الشيخ والصقلي لمحمد: المواعيد كالعهد.

وفرق اللخمي بينه وبين اليمين بخوف اعتقادهم عدم وفاء الإسلام بالعهد؛ إذ لا حل له، ولليمين حل بإيقاع موجب الحنث، ونحوه للتونسي.

---

(1) هو: المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومي، من أصحاب مالك: خرج عنه البخاري، وقال يحيى بن معين: هو ثقة، وكان مدار الفتوى في زمان مالك عليه، وعلى محمد بن دينار، وابن أبي حازم، وعثمان بن كنانة، سمع من: أبيه، وهشام بن عروة، توفي سنة: 188هـ.

وانظر ترجمته في: الديباج المذهب، ص: 347، الشجرة، ص: 56.

الشيخ عن أشهب: لا يحل سرقته ثوبًا دفعوه ليخيطه لهم.

محمد عن ابن القاسم: له سرقة أموالهم لا معاملتهم بالربا.

محمد: لا شيء عليه بعد خروجه فيما سرقه منهم، ويستحب صدقته بما أربى.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا يخمس ما خرج به.

ابن رُشْد: قول محمد: هذا إن أسر من بلاد المسلمين، وإن أسر من غزو، وخرج إليه خمس؛ بعيد على أنه ساقه تفسيرًا للمذهب.

قلت للشيخ: عن ابن حبيب عن الأخوين مع مالك: إن هرب أسير لجيش ببلد الحرب لولا الجيش ما أمكنه هروب فما هرب به من جملة الغنيمة إلا مال نفسه، وما كان وهبه، وهو مصدق فيما يدعيه بيمينه.

ولو عوهد أسير على تخليته لإتيانه بمال وإلا رجع، فعجز عنه؛ ففي لزوم رجوعه ومنعه نقل ابن حارث مع الشيخ تخريج سَحنون على قول مالك في الرهن: بأيدينا يسلم أنه يرد الدين إليهم، وقول سَحنون.

ابن حبيب عن الأخوين: ولو أطلقه العدو على أن يأتيه بفدائه؛ فله بعث المال دون رجوعه، فإن لم يجد فداءً؛ فعليه أن يرجع، ولو عوهد على أن يبعث بالمال، فعجز عنه فليجتهد فيه أبدًا ولا يرجع، وقاله أَصْبَغ.

قُلتُ: الفرق بينهما شرط رجوعه في الأولى دون الثانية.

سَحنون: لو عاهدوه على بعث الفداء، فإن عجز رجع فعجز؛ ففي لزوم رجوعه قولا أصحابنا، وبالأول قال أشهب، وإنه لحسن، وربما تبين لي الآخر.

سَحنون: لمن أسلم من حربي قتل من أمكنه من حربي وأخذ ماله، ولو أخذه ملكهم، فأنكر إسلامه، فتركه لا لمسلم دخل إليهم على أنه كافر؛ لأن إدخالهم إياه على ذلك أمان، لو ذكر للملك إسلامه فقال له: أنت آمن، أو زاد: والحق بأرض الإسلام؛ فإن لم يؤمنه المسلم، ولم يقل شيئًا، ولا فشا بالبلد تأمينه الملك؛ فله قتل من أمكنه، وأخذ ماله، ولو أخذ فقال: هو نصراني أو جئت لأقاتل معكم، ففي جواز ذلك له ومنعه نقلا الشيخ قولي أهل العراق وسَحنون، وفي كتاب ابنه من دخل إليهم بأمان، ولو من أحدهم حرموا عليه، ولو أباح لهم ملكهم أخذ مالهم، ومن غدروه بعد تأمينه؛

فله فعل ما أمكنه فيهم، ولو غدره عامتهم، فأنكر عليهم ملكهم، وغيره فهم على عهدهم.

وفيها: لابن القاسم: لو نزل بنا عبد حربي بأمان فأسلم ومعه مال لسيده؛ فالمال للعبد لا يخمس، وقد ترك النبي ﷺ للمغيرة إذ قدم مسلمًا مالاً أخذه لأصحابه(1).

ابن حبيب: عن أَصْبَغ: المال لسيده إلا أن يكون استأمن على الإسلام، وما معه أول نزوله، فيكون كما لو هرب به مسلمًا، وقول ابن القاسم: أحب إلي.

سَحنون عن أشهب: هو حر ولا يعرض لما بيده، وعليه الوفاء لربه برجوعه إليه بالمال وهو حر عليه؛ لأنه لو بعث أسير بتجر؛ فهو حر، ولا يكلف الرجوع، ولا يمنع مما في يده، وعليه الوفاء لباعثه بما خرج عليه.

وفداء أسرى المسلمين: فيه طرق، الأكثر واجب.

الباجي: في وجوبه وكونه نفلًا قول جمهور أصحابنا مع مالك، وقول أشهب في الفداء بخمر لا يدخل في نفل بمعصية.

ابن بشير: سماه نفلاً؛ لوجوبه على الكفاية لا الأعيان إلا أن يتعين، وسمع القرينان استنقاذهم بالقتال واجب فكيف بالمال.

زاد اللخمي في روايته مع سماع أَصْبَغ رواية أشهب: ولو بجميع أموال المسلمين.

قُلتُ: ما لم يخش استيلاء العدو بذلك، وفي المبدإ بالفداء منه طرق.

ابن بشير: بيت المال، فإن تعذرت فعلى عموم المسلمين والأسير كأحدهم، فإن ضيع الإمام والمسلمون ذلك؛ وجب على الأسير من ماله.

ابن حارث: عن ابن عبدوس عن سَحنون: يفدى المسلم من ماله، فإن لم يكن له مال؛ فمن بيت المال.

اللخمي: أرى أن يبدأ بماله، ثم بيت المال، ثم الزكاة على المستحسن من المذهب، فإن لم تكن؛ فعلى المسلمين على قدر أموالهم إن لم يستغرقها الفداء، فإن استغرقها فدي بجميعها.

---

(1) أخرجه البخاري: 2/974، رقم(2581)، وأحمد: 4/323، رقم (18930).

وسمع القرينان: من رهنه أبوه، فمات ففداه مسلم؛ ليرجع بفدائه في قدر إرثه من أبيه أو على التركة قال: لو فداه الإمام.

ابن رُشْد: يريد: من بيت المال؛ لأنه الواجب، فإن لم يفده، ولا أحد من المسلمين؛ فالواجب كونه من رأس مال أبيه، فإن قصر فعلى الابن، ويتبع به في عدمه على ظاهر الروايات.

الشيخ عن سَحنون: إن رهنه أبوه في تجارة؛ فعليه فداؤه ويؤدب، فإن مات فمن تركته، وإن رهنه في مصلحة المسلمين؛ فعلى الإمام فداؤه.

وفي الفداء بآلة الحرب: وما لا يملك من خمر وخنزير وميتة، ثالثها: بالآلة مطلقًا لا بما لا يملك، ورابعها: عكسه للشيخ عن سَحنون عن ابن القاسم، وابن حارث عن أشهب مع الباجي عنه مع ابن الماجِشُون وابن رُشْد عن قول ابن القاسم: هو بالخمر أخف منه بالخيل مع قول اللخمي عن أشهب: يفدى بالخيل والسلاح لا الخمر والخنزير والميتة، وعكسه ابن القاسم فقال: لا يصلح بالخيل وهو بالخمر أخف، وخامسها: لابن رُشْد عن ابن حبيب: يجوز بالخيل والسلاح ما لم تكثر بحيث يتقوى به، وعلى الأول.

قال ابن رُشْد والشيخ عن سَحنون: يأمر الإمام أهل الذمة بدفع ذلك لهم، ويحاسبون به من جزيتهم، فإن أبوا؛ لم يجبروا، ولا بأس بابتياع ذلك لهم وهذه ضرورة، وفي الفداء بأسارى الكفار القادرين على القتال نقل ابن حارث عن سَحنون مع الشيخ عن الأخوين وأَصْبَغ قائلين: وإن كان المشرك ذا قدر عندهم ونجدة إن لم يرضوا إلا به، ونقل ابن رُشْد مع ظاهر نقل الباجي عن ابن القاسم: لا يجوز بما يتقوون به، ونقل اللخمي قول أَصْبَغ بزيادة ما لم يخش بفدائه ظهورهم على المسلمين، وخوف وقوع الضرر بقتالهم مغتفر.

قال: عن ابن سَحنون: ويفدى بصغارهم إن لم يسلموا، وبالذمي إن رضي، وكانوا لا يسترقونه، وعزا الشيخ عدم الفداء بمن أسلم من صغير لرواية ابن نافع.

قال سَحنون: إن عقلوا الإسلام، وروى إن لم يكن معهم أحد أبويهم؛ فلهم حكم الإسلام.

وقول ابن عبد السلام: أنكر ابن حارث وجود الخلاف في الفداء بالأسارى؛ لم أجده له؛ بل ما تقدم مع قوله عن أشهب: لا بأس أن يقبل في فدية رجال الكفار المال، وأنكره سَحنون، ومن فدى حرًا أجنبيًا، ولا دليل على عدم اتباعه في رجوعه عليه وعدمه مطلقًا، ثالثها: على بيت المال، فإن تعذرت فعلى المسلمين، ورابعها: هذا إن كان عديمًا لسماع أَصْبَغ ابن القاسم مع ابن رُشْد عن ظاهر الروايات والموازيَّة وابن بشير عن مقتضى عزو الباجي الأول لجمهور أهل المذهب مفسرًا قول غير الجمهور بالقول بأخذ ما فدي من لصوص مجانًا، ومقتضى القياس عند اللخمي، ومقتضاه عند ابن رُشْد، وعلى الأول في رجوعه به، ولو كان أضعاف ثمنه، وإن كره أو ما لم يعلم صدق قوله: كنت قادرًا على الخروج دون شيء أو بأقل، وفدي دون أمره وعلمه؛ فلا يتبع بما كان قادرًا على الخروج دونه قولان لسماع أَصْبَغ مع الموازيَّة واللخمي.

الشيخ عن سَحنون: لو فداه ذمي بخمر أو خنزير أو ميتة؛ تبعه بقيمة ذلك وقيمة الميتة إن كانت مما يتملكونه، وكذا لو اشتراه بذلك أو كافأه به عن هبته له.

قُلتُ: لم والمكافأة تطوع؟ قال: لأنهم يقصدون الثواب، ولو فداه بذلك مسلم؛ لم يتبعه بشيء.

زاد الباجي: يحتمل على قوله بإجازة الفداء بالخمر والخنزير أن يتبعه بثمن ذلك.

قُلتُ: يرد احتماله بأن القائل بعدم اتباعه سَحنون القائل بجواز الفداء بذلك، وإلا تناقض ولا تناقض؛ إذ لا يلزم من الفداء به الاتباع، وأول قولي ابن الحاجب في رجوع المسلم عليه بالخمر ونحوه، وإن كان اشترى الخمر لذلك قولان لا أعرفه، وفي أخذه من قول الباجي محتمل بعد، ولم يحك ابن رُشْد غير الثاني، وقيد قول سَحنون في الذمي بكونه أخرج ذلك من عنده، ولو اشتراه؛ لتبعه بثمنه.

الشيخ عن سَحنون: لو فدى جماعة فيهم ذو القدر والغنى وغيرهما، فإن علم العدو ذلك، وزع الفداء على تفاوت أقدارهم وإلا فبالسوية، وكذا لو كان فيهم عبيد ولربهم تركهم لفاديهم.

الباجي: القريب غير ذي محرم كالأجنبي في اتباعه بفدائه.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وذو محرم لا يعتق كذلك إن كان بأمره ليتبعه به، وإلا ففي كونه

كذلك، وسقوط اتباعه ثالثها: إن جهله الفادي، ورابعها: إن لم يتوارثا لتخريج ابن زرقون من قول المغيرة: يتبعه في الكتابة، والباجي عن المذهب، والشيخ عن سَحنون مع ابن رُشْد من قولها: يرجع المكاتب بما ودى عن من معه في كتابته ممن لا يعتق عليه مطلقًا، وتخريج ابن زرقون من قول أشهب لا يرجع عليه، والباجي عن سَحنون مع ابن زرقون عن ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وتخريجه من قول ابن كنانة لا يرجع على من ودي عنه في كتابته أن وارثه، وذو محرم يعتق عليه يتبعه إن كان بأمره، وإلا فثالثها: إن لم يعلم، ورابعها: إن لم يعلم لم يتبعه، وإلا تخرج على لزوم الثواب بينهما، ونفيه لتخريج ابن زرقون من قول المغيرة يتبعه في الكتابة، والباجي عن المذهب والشيخ عن سَحنون محتجًا بأن الفداء ليس ملكًا، وإلا فسخ نكاح الزوجة بالفداء، واللخمي محتجًا بأنه قصد الشراء والملك.

قُلتُ: يرد باحتجاج سَحنون وبامتناع الملك فيه.

ولذا قال فيها يحيى بن سعيد: من فدى ذمية؛ فلا يطؤها، وله عليها ما فداها به، وهي على أمرها.

اللخمي: لو أشهد قبل فدائه باتباعه تبعه اتفاقًا إلا أن يكون الأب فقيرًا؛ لأنه مجبور على فدائه؛ لأنه آكد من نفقته، وعزو ابن بشير الاتباع بأمر الفادي للمتأخرين قصور؛ لثبوته في الروايات حسبما ذكره الشيخ وغيره، ونقل ابن الحاجب عدم رجوعه مع كونه بأمر المفدي والتزامه لا أعرفه؛ بل نقل الباجي الإجماع على اتباعه.

الشيخ: سمع عيسى ابن القاسم: وروى ابن سَحنون عن المغيرة ومالك: من فدى زوجته، أو اشتراها من حربي؛ تبعها بفدائها إن جهلها.

ابن حارث: اتفاقًا.

ابن رُشْد عن فضل: لو قالت له: افدني وأعطيك الفداء وإلا فثالثها: إن أمرته بفدائها لابن حارث عن ابن سَحنون عن سَحنون مع تخريج الباجي من إحدى روايتي القاضي بالثواب بينهما، وسماع عيسى ابن القاسم مع تخريج ابن رُشْد من قولها في المكاتب يؤدي كتابته ومعه امرأته لا يرجع عليها بشيء.

والباجي عن سَحنون قائلاً: أصل ذلك من لا يرجع عليه بثواب لا يتبعه بفداء

وعكسه عكسه، وتخريج الباجي على إحدى روايتي القاضي لا ثواب بينهما.

والشيخ عن يحيى بن يحيى مع ابن حبيب عن ابن القاسم ورواية الأخوين.

زاد اللخمي في التخريج على رواية الثواب بينهما: بعد حلفه ما فداها إلا ليتبعها.

قال: ولو أشهد الفادي منهما باتباعه قبل فدائه تبعه اتفاقًا، ولم يعز ابن بشير القول بالاتباع إلا للتخريج على الثواب، وتبعه ابن عبد السلام، وتعقب التخريج بقوله: يمكن أن تسمح النفوس بالهدية لا الفداء، ولاسيما مع نزارة الهدية وكثرة الفداء، ويرد بإنتاجه نقيض ما ادعاه الصقلي والشيخ.

وروى ابن نافع في: افدني وأضع عنك مهري وهو خمسون دينارًا، ففداها بعبد قيمته خمسون دينارًا: لا شيء له من مهرها إلا أن يفديها جاهلًا أنها امرأته.

قُلتُ: فرض جهلها مع وضع مهرها عنه متناف.

وسمع يحيى ابن القاسم: لو قالت: افدني وأسقط مهري عنك، فإن لم تسم الفداء لم يحل، فإن فداها؛ فله فداؤه والمهر باق، فإن سمته، فإن كان المهر عينًا والفداء بعين من غير جنسه؛ لم يجز إلا أن تقبضه صرف حال، ويعيده عليه للفداء، وإن كان بعين مماثلة للمهر مقاصة؛ جاز مطلقًا إن حل وإلا جاز بقدره وبأقل ضع وتعجل، وبأكثر ذهب بأكثر إلى أجل، وبعرض جائز إن عجل الفداء وإلا فدين بدين، وكذا إن كان عرضًا والفداء بعرض مخالف أو عين وإن كان طعامًا؛ لم يجز بغير صنفه بحال وبه بعد حلوله جائز مطلقًا وقبله بقدره فقط، وإلا جاء ضع وتعجل أو حط عني الضمان وأزيدك.

ابن رُشْد: قوله: (ذهب بأكثر إلى أجل) لا يصح؛ بل هو تعجيل حق له تعجيله وزيادة عليه،

وفي قوله: في الطعام جائز بقدره، وإن لم يحل نظر؛ إذ لا يجوز أخذ طعام من سلم بغير موضع قبضه قبل أجله؛ فلا يصح قوله إلا إن أعطي الطعام في موضع شرط قبضه فيه، وإذا وجب الرجوع بالفداء.

قال الباجي وابن بشير: يرجع بالمثل في المثلي والقيمة في غيره.

ابن عبد السلام: الأظهر المثل مطلقًا؛ لأنه قرض.

قُلتُ: الأظهر إن كان الرجوع بقول المفدي: افدني وأعطك الفداء؛ فالمثل مطلقًا؛ لأنه قرض نقله ابن رُشْد عن فضل، ولم يتعقبه في سماع عيسى من كتاب التجارة بأرض الحرب، وإن كان بغيره،.

فقول الباجي: لأن السلعة المفدي بها لم يثبت لها تقرر في الذمة، ولا التزامه قبل صرفها في الفداء، فصار دفعها كهلاكها في قولها: لو هلكت السلعة المستعارة للرهن عند المرتهن، وهي مما يغاب عليه؛ لاتبع المعير المستعير بقيمتها، وكقولها: إن دفع حميل بدنانير عنها سلعة؛ تبع الغريم بالأقل من قيمتها أو الدين.

ابن بشير: لو جعل لفاديه جعلًا؛ فالمنصوص سقوطه، وينبغي إن تكلف ما لا يلزمه؛ فله بقدر كلفته.

الشيخ عن ابن حبيب: من قالت له زوجته: افدني ولك كذا؛ فلا شيء له إلا فداؤه.

قُلتُ: خرج على المسألة بعضهم: أجر فادي ما بأيدي اللصوص، وأجر غفير القافلة، وهي أحرى في قوافل التجر، ولو فداه وماله؛ فالفادي أحق به من غرمائه، وفي كونه؛ لأنه فداه أو لتعلق الفداء بذمته جبرًا نقلا الصقلي قول محمد أولًا، وعن عبد الملك مع تصويب محمد.

قوله: فادي أم الولد أحق بها في يد ربها من غرمائه، ولو كان للمفدي مال؛ لم يفد معه، ففي اختصاص الفادي به نقلا اللخمي مع الصقلي عن عبد الملك، والشيخ عن سَحنون واللخمي مع ظاهر نقل الصقلي عن محمد.

اللخمي: وعلى الأول له فداء نفسه بها خلفه، ولو كره غرماؤه؛ لتغليب درء ضرر الأسر، وخوف فتنته في دينه، ولو اختلفا في قدر الفداء، ففي كون القول قول المفدي مطلقًا أو إن أشبه، وإلا فقول الفادي إن أشبه، وإلا ففداء المثل إن حلفا أو نكلا، ومن حلف دون صاحبه قبل قوله وإن لم يشبه، ثالثها: القول قول الفادي إن كان الأسير بيده مطلقًا، ورابعها: إلا أن يدعي ما لا يشبه؛ فله فداء مثله لسماع عيسى ابن القاسم، وابن رُشْد عن قاعدة المذهب، وعن سَحنون وعن ابن أبي حازم، ولو أنكر أنه فداه، وخرجا معًا من دار الحرب، أو ادعى كل منهما أنه فدى الآخر؛ فالقول قول منكر الفداء.

ابن رُشْد: إن كان منكر الفداء في يد مدعيه؛ قبل قوله.

وسمع يحيى ابن القاسم: لو هرب أسير برقيق من دار الحرب، فادعى أحدهم أنه حر مسلم سبي صغيرًا، وهو فصيح ينتسب لقوم يخبر عن منازلهم، وشهد عدول بسبي صغير من هنالك، ولا يدرون أهو هذا؟ لا يقبل قوله إلا ببينة على عينه، أو أنه كان بدار الحرب مسلمًا.

ويقاتل العدو بكل قاصر على مقابليه عادة.

اللخمي: ويحرق سورهم ويرمون بالنار إن لم يمكن غيرها، وخيف على المسلمين منهم اتفاقًا، ولو خالطهم النساء والذرية، ويختلف إن طلبهم المسلمون، فدفعوا عن أنفسهم بالنار هل يرمون بها كمن لم يقدر عليه إلا بها؟

التونسي: انظر لو كان فيهم مسلمون هل يرمون لنجاة المسلمين منهم؟ وكيف إن كان معهم من المسلمين الاثنان فقط، والمسلمون عدد كثير، وموت الاثنين خير من موت عدد كثير؛ فلهذا وجه.

اللخمي: أرجو خفته إن كان معهم النفر اليسير من المسلمين.

ابن بشير: هذا على قوله يطرح الرجال بالقرعة من السفن للضرورة، وأنكره المحققون؛ لتساوي الحرمة ولغو الكثرة.

قال: ولو تترس العدو بمسلمين، وخيف من تركهم استئصال جمهور المسلمين ففي تركهم ترجيحًا لدرء مفسدة قتل الترس؛ لأنها عاجلة ومفسدة استيلاء العدو آجلة يمكن صرفها، وقتلهم ترجيحًا لدرء مفسدة كلية على جزئية قولان للشافعيَّة.

قُلتُ: إنما ذكر ابن الحاجب خلاف الشافعيَّة حيث يكون ترك الترس يؤدي إلى هلاك كل الأمة لا جمهور الأمة.

ابن شاس: لو تترس كافر بمسلم لم يقصد الترس، ولو خفنا على أنفسنا؛ فإن دم المسلم لا يستباح بالخوف، ولو تترسوا في الصف، وإن تركوا انهزم المسلمون، وخيف استئصال قاعدة الإسلام أو جمهور المسلمين، وأهل القوة منهم وجب الدفع، وسقطت حرمة الترس.

قُلتُ: وقال الغزالي: إن كان ترك الترس يؤدي إلى قتل كل الأمة رمي الترس؛ لأنه

مقتول، ولو ترك وإن لم يؤد إلى قتل كل الأمة؛ لم يرم.

قُلتُ: اعتماد منكري قول اللخمي والتونسي؛ إنما هو على أن القول بذلك قول بما شهد الشرع بإلغائه؛ لحكم الشرع بمساواة الواحد للكثير في الاحترام، ولعلهم أخذوه من قتل الجماعة المباشرة لقتل الواحد به كالواحد به، ومساوي المساوي مساوٍ على أن في ذلك خلافًا بين العلماء، وقد يجاب بمنع كونه مما شهد الشرع بإلغائه، أما في مسألة الرمي بالنار؛ فالأقل فيها تبع لمن وجب قتله، والتبعية شهد الشرع باعتبار جنسها أو نوعها، وشهادة الشرع بإلغاء الكثرة مع القليل؛ إنما تثبت حيث استقلال القليل، وعدم تبعيته، وذكر أبو عمر عن الشافعي قولًا برميهم، وإن تترسوا بأسرى، ولم يقيده بالخوف منهم، وأما في مسألة القرعة؛ فالقول بها إنما كان لشهادة الشرع باعتبار ارتكاب أقل الضررين اللازم أحدهما دون أكثرهما؛ كنقل عز الدين وجوب قطع يد من ألم بها يؤدي إلى إتلاف النفس مع اعتبار الشارع نوع القرعة، وما لا يتوصل للواجب إلا به؛ فهو واجب، وإن لم يقع هذا الاضطرار إلى رميهم بالنار.

فقال ابن رُشْد: إن لم يكن في الحصن غير المقاتلين، ففي جواز رميهم بالنار، ومنعه قولان لها، ولسَحنون مع رواية محمد بن معاوية، وعزاه اللخمي أيضًا لابن القاسم.

ابن رُشْد: ويجوز تغريقهم ورميهم بالمنجنيق، وشبه ذلك اتفاقًا، ولو صحبهم النساء والصبيان فقط ففي جواز رميهم بالنار وغيرها، ثالثها: إلا رمي النار، ورابعها: المنع إلا رمي المنجنيق لابن مزين عن أَصْبَغ، وفضل عن ابن القاسم وابن حبيب ولها، وعزا اللخمي الأول لمحمد قائلًا: إن لم يقدروا على أخذهم إلا بتحريق حصنهم أو تغريقه، وأحب إلي اجتناب النار.

ابن رُشْد: ولو صحبهم أسرى مسلمون؛ فلا يحرقوا ولا يغرقوا.

وفي جواز قطع الماء عنهم ورميهم بالمنجنيق، ومنعه قولا ابن القاسم مع أشهب وابن حبيب مع نقله عن مالك وأصحابه.

قُلتُ: وعزاه الشيخ لسَحنون.

ابن رُشْد: ولو صحبهم بالسفينة النساء والصبيان فقط؛ جاز رميهم بالنار اتفاقًا

ولو صحبهم الأسارى فقولان لأشهب وابن القاسم.

قوله: قول أشهب؛ يريد: ما تقدم للخمي فيها أنكر عليه إلا أن الشيخ نقل قول أشهب في الواضحة بقيد قوله: إن رمونا بها.

اللخمي عن محمد: لا تدخن مطمورة؛ إنما بها النساء والذرية.

اللخمي: إن لم يكن بها غير المقاتلة؛ جاز، ويختلف إن صحبهم النساء والذرية، ولو صحبهم أسرى؛ جاز ما يرجى به خروجهم دون موت، فإن لم يخرجوا تركوا.

الشيخ: كره سَحنون جعل سم في قلال خمر يشربها العدو.

الشيخ عن سَحنون: الإمام مخير في قتل أسارى العدو واسترقاقهم.

ابن رُشْد: حاصل مذهب مالك تخيير الإمام في قتل الأسير واسترقاقه وفدائه، وضرب الجزية عليه، وعتقه بالاجتهاد في تحصيل الأصلح، فذو النجدة والفروسية والنكاية يقتل، وغيره إن كان ذا قيمة استرقه، أو قبل فيه الفداء إن ناف على قيمته، ومن له قوة على الجزية ضربها عليه، وإن لم تكن له قوة كالزمنى أعتقه، ولو جهل هل له نجدة أو فروسية أو غائلة أو لا؟ ففي قتله روايتان:

الأولى: قول عمر ﷺ.

قُلتُ: هو ظاهر قولها: يقتل من الأسارى من لا يؤمن منه، ألا ترى ما كان من أبي لؤلؤة.

ابن رُشْد: ولو رأى الإمام خلاف ما قلناه باجتهاده؛ فله ذلك، كرأيه فداء ذي النجدة بكثير المال يتقوى به المسلمون.

قُلتُ: نحوه نقل الصقلي عن محمد: لا يفادى حربي علج من أهل الذكر والشجاعة إلا بمسلم مثله، فإن لم يكن اجتهد الإمام فيه، وخص اللخمي هذا التخيير بالرجال المقاتلة.

الباجي: مقتضى الاجتهاد في الشجاع وذي الرأي قتله، وفي غيره إن كان صانعًا أو عسيفًا استبقاؤه، ومن رجي إسلامه، والانتفاع به من عليه.

وفي جواز قتل الرجال غير المقاتلين كالأجير والفلاحين وأهل الصنائع نقلا اللخمي عن سَحنون وابن حبيب مع ابن الماجِشُون وابن القاسم وروايته، ويجوز فداء

الرجال بأسرى المسلمين، وفيه بالمال نقلا ابن حارث عن أشهب مع الباجي عن مالك، ونقلهما عن سَحنون ابنه.

قُلتُ: فادى رسول الله ﷺ أسرى بدر بالمال.

قال: لمكة خصوص ليس لغيرها، دخلها رسول الله ﷺ عنوة ولم يقسمها، ولا خمسها ومن على أهلها بلا مال، ولا إسلام، ولا نفعل ذلك اليوم.

اللخمي: على منع جزية المشركين واسترقاقهم يخير فيما سواهما.

قال: وفيها يسترق العرب إن سبوا كالعجم، ومنعه ابن وَهْب أحسن.

سَحنون: من أمنه الإمام أو قسم؛ لم يقتل.

قال: مع رواية ابن نافع أو أسلم، وروى ابن وَهْب: يدعى الأسير إلى الإسلام قبل أن يقتل، فلو قال: كنت مسلمًا؛ لم يقبل إلا ببينة.

و في الموازيَّة: إن ترك قتل الأسير لرجاء فداء أو نفع أو دلالة أو سبب أو أخذوه يستخبرونه الخبر أو أبقوه لصنعة ظنوها فلم تكن؛ لم يقتل، ومن ترك ليرى الإمام فيه رأيه؛ فله قتله، وكذا في المختصر.

وفي الموازيَّة: أتي عمر بالهرمزان فكلمه فاستعجم فقال: تكلم ولا تخف، فلما تكلم أراد قتله.

قال له: قد قلت: لا تخف؛ فتركه.

وسمع ابن القاسم: قدم بالهرمزان وجفينة على عمر رضي الله عنه، فأراد ضرب أعناقهما فكلمهما فاستعجما عليه، فقال: لا بأس عليكما، ثم أراد قتلهما فقالا له: ليس ذلك إليه قد قلت: لا بأس عليكما.

ابن رُشْد: الهرمزان: سيد تستر حاصره أبو موسى في قلعة بها بعد أن دخلها، ثم أنزله على حكم عمر، فأتي به عمر فقال له: تكلم.

فقال: كلام حي أو ميت؟

فقال: تكلم فلا بأس.

فقال: إنا وإياكم معاشر العرب ما خلى الله بيننا وبينكم كنا نقصيكم ونقتلكم، فلما كان الله معكم؛ لم يكن لنا بكم يدان.

قال عمر: يا أنس ما تقول؟ قال: قلت يا أمير المؤمنين تركت بعدي عددًا كثيرًا وشوكة شديدة، فإن تقتله ييأس القوم من الحياة، ويكون أشد لشوكتهم.

قال عمر: أستحيي قاتل البراء بن مالك، ومجزأة بن ثور، فلما خفت قتله.

قُلتُ: ليس إلى قتله سبيل.

قلت له: تكلم ولا بأس.

قال: لتأتيني بمن يشهد لك، فلقيت الزبير، فشهد معي، فتركه عمر، وأسلم وفرض له.

قُلتُ: مقتضى قول مالك: أن المحتج على عمر ﵁ الأسيران لا أنس، ونقل ابن رُشْد عكسه، ومثله نقل أبو عمر، وقد يجمع بقوله: أنسٌ أولًا، والأسيران ثانيًا.

وفيه قبول الحاكم الشهادة عليه بها نسيه وهو المذهب، ورأيت عمل بعضهم بخلافه، فالله أعلم.

الشيخ في الموازيَّة: لو أمر الإمام بالنداء على أسير، فبلغ ثمنًا؛ فله قتله.

أَصْبَغ: هذا إن عرضه ليختبر ثمنه وإلا فلا.

زاد ابن حبيب: إلا أن يكون هو الذي سأله البيع فأجابه إليه، فلا يقتله.

محمد: عن أَصْبَغ عن أشهب: لو أسرت سرية أعلاجًا، فأدركهم أمر خافوا منه؛ فلهم قتلهم إن لم يكونوا استحيوهم، واستحياؤهم أن يتركوهم رقيقًا للمسلمين أو فيئًا لهم ليرى الإمام رأيه.

ابن حبيب: وقتل الأسير بضرب عنقه، لا يمثل به ولا يعبث عليه.

سَحنون: قيل لمالك: أيضرب وسطه؟ قال: قال الله ﷿: ﴿فَضَرْبَ الرِّقَابِ﴾ [محمد: 4]، لا خير في العبث.

قُلتُ: وقتل ذمي بنقض العهد كقتل الأسير، ونزلت في ذمي ثبت بيعه أولاد المسلمين لأهل الحرب، فسأل السلطان الشيخين ابن قداح وابن عبد السلام.

فقال ابن عبد السلام: يصلب ويطعن، وذكر قول مالك فيها: لم أسمع أن أحدًا صلب إلا عبد الملك بن مروان، فإنه صلب الحارث الذي تنبأ، وهو حي وطعنه بالحربة بيده، ففعل ذلك، ومقتضى رواية سَحنون: ضرب عنقه.

وفي مراسيل أبي داود عن إبراهيم التيمي أنه ﷺ صلب عقبة بن أبي معيط إلى شجرة.

فقال: يا رسول الله أنا من بين قريش؟.

ال: نعم. قال: فمن للصبية؟.

قال: النار[1]، والتمسك بهذا في صلبه الأسير أبين.

الباجي: لا يمثل بالأسير في قتله؛ بل يضرب عنقه إلا أن يكونوا مثلوا بالمسلمين.

سَحنون: قيل لمالك: أيعذب الأسير إن رجي أن يدل على عورة العدو؟.

قال: ما سمعت ذلك.

قُلتُ: في حديث لمسلم في غزوة بدر: فانطلقوا حتى نزلوا بدرًا، ووردت عليهم روايا قريش، وفيهم غلام أسود لبني الحجاج فأخذوه، فكان أصحاب رسول الله ﷺ يسألونه عن أبي سفيان وأصحابه فيقول: ما لي علم بأبي سفيان، ولكن هذا أبو جهل وعتبة وشيبة وأمية بن خلف، فإذا قال: هذا ضربوه، فقال: نعم أنا أخبركم، هذا أبو سفيان، فإذا تركوه سألوه، قال: مالي بأبي سفيان علم، ولكن هذا أبو جهل وعتبة وشيبة وأمية بن خلف في الناس، فإذا قال: هذا أيضًا ضربوه، ورسول الله ﷺ قائم يصلي، فلما رأى ذلك الضرب قال: «**والذي نفسي بيده لتضربونه إذا صدقكم وتتركونه إذا كذبكم**»[2]، الحديث.

عياض: فيه جواز ضرب الأسير لمعنى يوجب ذلك، وليستخبر ما عنده من أمر العدو.

سَحنون: لا يجوز حمل الرؤوس من بلد لآخر، ولا حملها إلى الولاة، وكره أبو بكر حمل رأس القبريط إليه من الشام، وقال: هذا فعل الأعاجم.

وفي قتل النساء والصبيان إن قاتلوا ثالثها: إن قتلت المرأة أو الصبي إن راهق، للخمي عن سماع يحيى ابن القاسم وسَحنون في المرأة، فألزمه اللخمي الصبي، وعن

(1) أخرجه أبو داود في مراسيله: 1/231، ما جاء في الصلب، رقم (297).

(2) أخرجه مسلم: 3/ 1403، كتاب الجهاد والسير باب غزوة بدر رقم (1779).

أَصْبَغ، وعزاه الشيخ لابن حبيب.

وللصقلي عن سَحنون: لا يقتل الصبي والمرأة إن قاتلا بخلاف الراهب والشيخ الكبير.

الشيخ عن سَحنون: في قتل الصبي المنبت قولا أكثر أصحابنا وابن القاسم.

الشيخ عن ابن حبيب: قتال المرأة المعتبر بالرمح والسيف وشبهه، وقتالها بالرمي من فوق الحصن لا يبيح قتلها إلا أن تكون قتلت، وروى ابن نافع في النساء والصبيان يرمون حصن المسلمين بالحجارة أيقتلون؟.

قال: نهى ﷺ عن قتلهما.

عياض: في كون قتالهما بالحجارة كالسلاح قولا أصحابنا، ولم يعزهما ابن بشير لأحد، وفي قتل الزمن العاجز عن القتال المجهول كونه ذا رأي ثالثها: إن كان في جيش لا في مستوطن لسَحنون وابن حبيب واللخمي.

قُلتُ: ظاهر نقل الشيخ عنهما: من علم عجزه عن القتال والرأي لا يقتل، ومن علم أنه ذو رأي؛ يقتل.

في الموازيَّة: عن عبد الملك: يقتل الشيخ الكبير ذو الكيد.

محمد: إن عرف بذلك وإلا تركه أحب إلي.

سَحنون: المريض الشاب والمجنون يفيق أحيانًا، والأجذم يقبل ويدبر كصحيح، ومن أبطله الجذام كشيخ فانٍ، ومفلوج لا حراك له لا يقتلون إلا من له رأي.

ويقتل كل مقاتل حين قتاله؛ ابن سَحنون: ولو كان شيخًا كبيرًا.

وسمع يحيى ابن القاسم: وكذا المرأة والصبيان.

ونقل ابن الحاجب: منع قتلها حين قتالها لا أعرفه.

ابن سَحنون: وقتال الصبي غير المطيق للقتال لغو إنما هو ولع.

سَحنون: إن قاتل هو والمرأة برمي الحجارة رميًا بذلك ولو قتلا.

وأنكر قول الأوزاعي: يقتلان حين حراستهما الحصن.

سَحنون: من قتل من لا يقتل بدار الحرب قبل صيرورته مغنمًا؛ استغفر الله، وبعدها يغرم قيمته للمغنم، والراهب المخالط للعدو.

قال ابن حبيب مثله.

اللخمي: هو ظاهر قول مالك فيها.

قُلتُ: بل كل ظاهر الروايات، والمباين كذوي الصوامع المشهور محترم.

اللخمي: روى محمد: لا ينزل من صومعته.

ابن حبيب: لاعتزالهم عن محاربة المسلمين لا لفضل ثبت لهم؛ بل هم أبعد عن الله من أهل دينهم؛ لشدتهم في كفرهم.

ابن رُشْد: وابن حارث عن مالك: يقتل الرهبان؛ لأن فيهم التدبير والنقض للدين، وعلى المشهور سمع القرينان: رهبان الديارات والصوامع سواء.

وفي كتاب ابن سَحنون: إن وجد الراهب في دار أو غار؛ فهو كأهل الصوامع.

قيل: كيف يعرف؟.

قال: لهم سيما يعرفون بها.

وإذا وجد العلج قد طين على نفسه في بيت في موضعه، وله كوة ينظر منها؛ فهو راهب لا يعرض له.

سَحنون: إن صح عن راهب أن أهل الحرب يأخذون عنه الرأي؛ قتل، وإن وجد منهزمًا مع العدو، وقد نزل من صومعته، فقال: إنما هربت خوفًا منكم؛ لم يعرض له.

ابن نافع: قيل لمالك: تمر سرية المسلمين براهب، فيخافون أن يدل عليهم، فيأخذونه معهم، فإذا أمنوا أرسلوه.

قال: ما سمعت أنه ينزل من صومعته، وما ادعاه من مال قدر كفايته ترك له، وما كثر وجهل صدق دعواه أنه له، أخذ الزائد منه على قدر كفايته.

وفيما علم صدقه فيه طريقان.

ابن رُشْد وغيره: في تركه له، أو قدر ما يستر عورته، ويعيش به الأيام قولان لنص سماع ابن القاسم في رسم اغتسل، وقول سَحنون فيه، وفي الشيخ الكبير، وهو نحو قولها.

ابن رُشْد: ومعنى سماع ابن القاسم في رسم الشجرة يترك له من ماله ما يصلحه البقرتان تكفيان الرجل، ولو قبل قوله ادعى الكثير فيما لم يعلم صدقه فيه.

قال: وقال بعضهم: كل المذهب كقول سَحنون وقولها، وسماع اغتسل في اليسير لا الكثير، وسماع الشجرة فيما علم أنه له.

قال: والصواب ما قدمناه، واللخمي كابن رُشْد، وصوب ترك ما علم أنه له، ولو كثر.

قُلتُ: الذي للشيخ عن سَحنون: يترك له ما يستر عورته، ويرد عنه البرد، وما يعيش به من الطعام لا بقيد الأيام، ثم قال: عن سَحنون: إن وجدت سرية بصومعة راهب طعامًا، فاحتاجوا إليه أخذوا منه، وتركوا له قدر عيشه الأشهر، وما وجدوا من مال خبأه عنده الروم أخذوه، ولا يستحل بذلك دمه.

قُلتُ: فقوله: الأشهر خلاف نقل ابن رُشْد عنه الأيام.

وفي لغو ترهب المرأة واعتباره كالرجل نقل اللخمي مع الشيخ عن سَحنون وسماع القرينين: وفيمن أخذ من أهل الحرب دون قتال مقبلًا إلينا يدعي مجيئه لما يوجب حرمته من سلم طرق:

ابن رُشْد: تحصيل اضطراب أقوالهم إن كان أظهر ذلك قبل أخذه؛ صدق اتفاقًا، وقبل قوله أو رد لمأمنه، وإلا ففي كونه فيئًا يرى فيه الإمام رأيه، ولو بالقتل أو لا، فيخير الإمام في قبول قوله أو رده لمأمنه، ما لم يبن كذبه كدعوى التجر ولا سلع، إلا آلة الحرب إن أخذ ببلد الحرب وإلا ففيء، وإن أخذ ببلد الإسلام إن كان بحدثان قدومه، رابعها: وإن طال لأشهب ويحيى بن سعيد.

فيها: مع ظاهر قول مالك فيها، وسَحنون وسماع عيسى ابن القاسم، وسماعه يحيى، وخامسها: إن كان من بلد عادتهم الاختلاف لما ادعي قبل قوله أو رد لمأمنه، وإلا كان فيئًا لابن حبيب مع نقله رواية المدنيين والمصريين وربيعة فيها، وسَحنون في سماعه، وعيسى في تفسير ابن مزين، وإليه نحا ابن القاسم فيه.

وفيها: قال مالك في رومي أخذ فقال: جئت أطلب الأمان: هذه أمور مشكلة وأرى رده لمأمنه.

قيل: من أخذ حربيًا دخل بلد الإسلام دون أمان أيكون له أم فيء؟.

قال: لم أسمعه من مالك إلا أنه قال فيمن وجدوا بساحل المسلمين زعموا أنهم

تجار لا يصدقون، وليسوا لمن وجدهم: ويرى الإمام فيهم رأيه.

وفيها: إن نزل تاجر دون أمان قال: ظننت أنكم لا تعرضون لمن نزل تاجرًا.

قال: هذا كقول مالك أولًا إما قبل قوله أو رد لمأمنه.

وروى ابن وَهْب فيمن وجدوا بساحل المسلمين زعموا أنهم تجار لفظهم البحر، وتكسرت سفنهم، أو يشكون شديد العطش، ومعهم السلاح، فينزلون للماء لا خمس فيهم: ويرى الإمام فيهم رأيه.

الصقلي: من نزل تاجرًا لظن الأمن قبل قوله أو رد لمأمنه، ومن تكسرت سفينته أو نزل لعطش، وإنما معه السلاح فيء يقتل إن رآه الإمام اتفاقًا فيهما، وإلا فذكر بعض ما تقدم.

اللخمي: إن قام دليل صدقه أو كذبه؛ عمل عليه، وإلا فرأى مرة أنه أسير بنفس الأخذ، ومرة قبل قوله، وهو أحسن.

فوجود الكتاب مع مدعي الرسالة، ووجود من يفدي مع مدعي الفداء أو ثبوت قريب له بالموضع الذي قصده دليل صدقه، وعدمه دليل كذبه، والقائل: جئت أطلب الأمان؛ إن خرج إليهم عسكر، ووجد على طريقه، ولا سلاح معه مشكل أمره، وإن أخذ غير مقبل إلينا، أو لم يخرج لهم عسكر ففيء.

قُلتُ: للشيخ: وظاهره لعبد الملك في كتاب ابن سَحنون: لو نزل علج من معقله إلى ما لا يحصنه من المسلمين، فناداهم بالأمان؛ أمن أو رد لمأمنه، ولو كان معه سلاح، ولم ير عليه هيئة من يريد قتالًا، ولو جاء سالًا سيفه، مسندًا رمحه، فلما صار فيما لا يحصنه طلب الأمان؛ فهو فيء؛ وإنما هذا على ما يظهر من العلامات، وما كان مشكلًا رد إلى مأمنه، ومقابل الأصح في قول ابن الحاجب: ومن وجد بأرض المسلمين أو بين الأرضين وشك في أنه حرب أو سلم، فقال: هذا مشكل، وعلى أنه حرب؛ لا يجوز القتل على الأشهر، وإن حصل الظن بأحدهما؛ عمل عليه على الأصح، لا أعرفه.

وظاهر الروايات وقول اللخمي ونحوه للتونسي وابن بشير بنفيه.

وأما القتل فقال ابن عبد السلام: الذي رأيت لبعض من يحقق النقل من الشُيُوخ اختلف في القتل، فعلى قول ابن القاسم لا يقتل، خلافًا لابن الماجِشُون، وعادتهم في

هذه العبارة أنها تستعمل في التخريج، ولكن جعل هذا الشيخ محل الخلاف المذكور فيمن قامت أمارة على كذبه، فيكون الأنسب لهذا الخلاف كونه عند قول المؤلف: على الأصح، وما وجدت من تكلم على هذه المسألة ممن يعتبر نقله ذكر قولًا بالقتل في محل الإشكال، وإذا انتفى القتل عن محل الإشكال، فنفيه عن محل أمارة صدق الرومي أولى، وكلام المؤلف يدل على الخلاف فيه وهو شيء لا يوجد.

قُلتُ: ما ذكره من الخلاف فيمن قامت أمارة على كذبه خلاف ما تقدم للصقلي من نقل الاتفاق على أنه فيء يقتل، وعادة الشُيُوخ في النقل الغريب تعيين قائله، فلو عين لنا هذا الشيخ المحقق.

وقوله: ما وجدت من ذكر قولًا بالقتل في محل الإشكال.

قُلتُ: ذكره غير واحد، قد تقدم لابن رُشْد في أول أقوال نقله أنه يقتل نصًا، وهو ظاهر قوله بعد ذلك أنه فيء، وللشيخ عن الواضحة في ثلاثة متسلحين دخلوا قرية آخر عمل الإسلام.

قُلتُ: وفي العتبيَّة أيضًا وغيرها أيضًا خلاف ذلك في سماع عيسى المذكور فيه.

تحصيل ابن رُشْد خلافه قال فيه: إن أخذ بعد طول مقامه بأرض الإسلام؛ فهو رقيق يرى فيه الإمام رأيه، ولا يقتله إلا أن يعلم أنه جاسوس.

وللشيخ عن الواضحة أيضًا: لو أخذ حربي فقال: جئت لتجر أو فداء؛ فإن كان اعتاد المجيء، وجاء مطمئنًا قبل قوله أو رد لمأمنه إن أخذ بحدثان وصوله، وإن كان بعد طوله رق، ولم يقتل إلا أن يتهم بتجسس، وإن لم يكن معتادًا للمجيء فهو فيء أينما أخذ، وقاله أَصْبَغ وأشهب.

اللخمي: إن احتيج في أخذ من نزل للعطش لقتالهم، فإن كانوا بحيث ينجون بأنفسهم؛ لبقاء سفنهم ووجود الريح فهم غنيمة لآخذهم فقط إن استقلوا بأخذهم، وإن لم يقدروا على أخذهم إلا بكونهم قرب قرية المسلمين؛ فهم غنيمة لجميعهم كغنيمة سرية جيش، وإن كانوا بحيث لا ينجون؛ فهم فيء كأسارى قاتلوا.

محمد: روى أشهب في مراكب تكسرت وجد فيها عين وغيره إن كان مع العدو؛ فهو مثله، وإلا فلواجده، ويخمس إن كان بقربه قرية العدو، وإلا خمس الذهب والفضة

فقط، ونقله التونسي بزيادة: إلا أن يكون يسيرًا.

قال: وهذا خلاف المعروف له في الركاز.

قال: وجعل العروض لا شيء فيها؛ يريد: على أحد الأقوال في ركاز العروض، ولم يجعل جملة الناس ملكوا العروض إذا كانت منفردة، فيكون النظر فيها إلى الإمام؛ لأنها مما يغيب ويخفى، فأشبهت الركاز والرجال لا يغيبون ولا يخفون، فأشبهوا ما جلا عنهم الروم من الأرضين؛ فصارت ملكًا للمسلمين لا لمن سبق إليها.

وفي محل ارتفاع أمان من خرج من محل تأمينه إليه طريقان.

الصقلي: بعد ذكره روايات في ارتفاع تأمينه ببلوغه بلده أو قربه قولان.

قُلتُ: ثالثها: بلوغه محل ارتفاع خوف الإسلام، لها ولنقله عن ابن الماجِشُون ومحمد مع أَصْبَغ وسَحنون ومالك وابن الماجِشُون أيضًا، ويمكن رد الثالث للثاني؛ ولذا لم يذكره الصقلي في تحصيله مع ذكره إياه قبل تحصيله، ولو رجع بعد بلوغه أمنه.

ففي كونه حلًا لمن أخذه، أو تخيير الإمام في إنزاله آمنا أو رده، ثالثها: إن رجع اختيارًا، للصقلي عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون، ومحمد وابن حبيب عن عبد الملك.

ابن رُشْد: قول سَحنون: يرتفع تأمينه ببلوغه من البحر موضع الأمن، وإن لم يصل إلى بلده.

قيل له: لا يأمن اليوم إلا ببلده؛ لكثرة سفن الإسلام.

قال: إن كان الأمر كذلك فحتى يخرج من البحر، ويبلغ محل أمنه ينبغي كونه تفسيرًا لها إذا لم يفرق فيها هذه التفرقة، ولما في سماع عيسى، ويتخرج عليه ما غنمه العدو من بلاد المسلمين، ثم غنمه المسلمون منه قبل وصوله به بلده هل يقسم إذا لم يعرف ربه أم لا؟ وهل يأخذه ربه وإن قسم بغير ثمن أو لا؟ اختلف في ذلك عندنا.

وفي كون حكمه مع سلطان غير الذي أمنه؛ كالذي أمنه وكونه حلًا له مطلقًا قول مالك فيها مع غيرها، ونقل اللخمي مع الصقلي عن ابن الماجِشُون.

ابن بشير: إن كان مؤمنه الإمام الأعظم، فغيره مثله؛ وإلا فقولان.

ابن سَحنون عنه: إن أمن حربي بان أنه عين؛ فللإمام قتله أو استرقاقه إلا أن يسلم

ولا خمس فيه.

اللخمي: إن أدى تجسسه لقتل؛ قتل، ولو كاتب ذمي أهل الحرب بأحوال المسلمين؛ سقط أمانه.

سَحنون: يقتل نكالًا.

اللخمي: يريد: إلا أن يرى الإمام استرقاقه، ولو ثبت أن مسلمًا عينٌ لهم، فللخمي خمسة:

روى العتبي: يجتهد فيه الإمام.

ابن وَهْب: يقتل إلا أن يتوب.

ابن القاسم وسَحنون: لا توبة له.

عبد الملك: إن كانت منه مرة وظن جهله وعدم عوده، وليس من أهل الظن على الإسلام؛ نكل، والمعتاد يقتل.

سَحنون: قال بعض أصحابنا: يجلد ويطال سجنه، وينفى لما بعد عن دار الحرب.

الصقلي عن محمد: إن كان بقوله مظاهرة على عورة المسلمين وإلا سجن حتى تعرف توبته.

اللخمي: قول مالك: يجتهد؛ حسن، فإن علم به قبل إعلامه أهل الحرب أو بعده، وتحرز المسلمون، فكف العدو عن الإتيان عوقب ولم يقتل، فإن خيف عوده لمثل ذلك؛ خلد في السجن، وإن دل على موضع استباح منه العدو المسلمين، أو قتل مسلمًا، أو لم يدل عليه وعلم به بعد قتل العدو من المسلمين؛ قتل إلا أن يعلم عزم العدو على الإتيان دون قوله، ولم يؤثر قبله شيئًا فلا يقتل.

وسمع ابن القاسم في مسلم أخذ، وقد كاتب الروم بأخبار المسلمين: ما سمعت فيه شيئًا، ويجتهد الإمام فيه.

ابن القاسم: تضرب عنقه ولا توبة له.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم صحيح؛ لأنه أشد فسادًا من المحارب، ولقولة

عمر ﷺ في حاطب: دعني أضرب عنق هذا المنافق[1]، فلم يرد رسول الله ﷺ قوله؛ إلا بأنه شهد بدرًا مع تصديقه ﷺ حاطبًا في عذره بالوحي، ومعنى قول مالك: يجتهد فيه أي في قتله وصلبه فقط.

وفيها: لمالك: لا بأس بحرق قراهم وخرابها وقطع الشجر مطلقًا.

ابن حبيب: قال مالك وأصحابه: إنما نهى الصديق ﷺ عن ذلك بالشام لعلمه مصيره للمسلمين، وما لا يرجى لهم ينبغي خرابه وتحرق زروعهم وحصونهم بالنار، أَصْبَغ: هو أفضل من تركها.

ابن سَحنون: روى ابن القاسم: تخريب كنائسهم أحب إلي، وتكسر صلبانهم.

وفي تحريق النحل وتغريقها وكراهة ذلك ثالثها: الوقف عن تحريقها للشيخ عن روايتي ابن حبيب راويًا: لطالب عسلها تغريقها لخوف لذعها، ونقله عن ابن سَحنون، ورواية ابن نافع.

وفي التلقين: لا تمس النحل إلا أن تكون من الكثرة بحيث يؤثر إتلافها، فخص المازري الخلاف بالكثير، وما ضعف المسلمون عن حمله إن كان متاعًا فيها أحرق.

ابن حبيب: إن ضعف عنه الأمير، ولم يجد فيه ثمنًا؛ أعطاه، فإن لم يقبله أحد؛ أحرقه، فإن لم يحرقه؛ فهو لمن حمله.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وإن كان ماشية أو دواب ففي إتلافها بالعقر دون ذبح ولا نحر، أو بما تيسر من ذلك، أو تسريحها سليمة، رابعها: ذبحها أحسن، وخامسها: يكره كتعرقيبها؛ بل يجهز عليها لسماع ابن القاسم.

---

(1) أخرجه البخاري: 7/400 في المغازي، باب فتح مكة، وباب فضل من شهد بدرًا، وفي الجهاد، باب الجاسوس، وباب إذا اضطر الرجل إلى النظر في شعور أهل الذمة والمؤمنات إذا عصين الله وتجريدهن، وفي تفسير سورة الممتحنة في فاتحتها، وفي الاستئذان، باب من نظر في كتاب من يحذر من المسلمين ليستبين أمره، وفي استتابة المرتدين، باب ما جاء في المتأولين، ومسلم رقم (2494) في فضائل الصحابة، باب من فضائل أهل بدر ﷺ، وقصة حاطب بن أبي بلتعة، وأبو داود رقم (2650) و (2651) في الجهاد، باب في حكم الجاسوس إذا كان مسلمًا، والترمذي رقم (3302) في تفسير القرآن، باب ومن سورة الممتحنة.

وقولها: بزيادة، وكذا ما ضعف عنه ربه.

وابن رُشْد عن رواية ابن وَهْب مع الباجي عنه لا عن روايته، واللخمي مع نقله عن سَحنون مع ابن عبد الحكم، والصقلي مع الباجي عن ابن حبيب مع المدنيين قائلاً: لأن الذبح مثلة، والتعرقيب تعذيب، ومنع الباجي كونه مثلة.

قال: وإنما كره؛ لأنه ذريعة لإباحة أكلها.

وفيها: لم أسمع حرقها بعد ذبحها.

اللخمي: إلا أن يخشى إدراكها العدو قبل فسادها.

الباجي: إن كانوا يأكلون الميتة؛ فالصواب حرقها.

اللخمي: ويترك صغير الآدمي والمرأة والشيخ الفاني، ويقتل الرجال إلا من من عليه بالحياة والرق.

وسمع أَصْبَغ أشهب في سرية أصابوا أعلاجًا، ثم أدركهم ما أدركهم، فخافوا أن يعينوا عليهم: لم يجز لهم قتلهم إلا أن يقاتلوهم إن كانوا استحيوهم، وإلا فلهم ضرب أعناقهم، واستحياؤهم تركهم رقيقًا أو فيئًا للمسلمين، وتخييرهم، وتركهم لتخيير الإمام فيهم بالقتل يبيح لهم قتلهم، وقاله أَصْبَغ.

ابن رُشْد: هذا صحيح على أصولهم.

قُلتُ: انظر لو كانوا بحيث إن تركوهم للحوق من أحسوا به هلكوا بمجموعهم.

وما ترك إتلافه مما ينبغي إتلافه إن كان غنيمة؛ فهو لمن حمله.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قال: وإن كان ملك بشراء أو قسم، وحمل من أرض الحرب، ففي كونه كذلك أو لربه وعليه أجر مؤنته إن شاء.

قولا ابن حبيب وأَصْبَغ مع سَحنون: وإن حمل من أرض الإسلام، فالثاني اتفاقًا إلا في الشيخ والعجوز.

قال ابن حبيب: تركهما عتق.

وعزا الشيخ واللخمي قول سَحنون لأشهب.

زاد الصقلي عن ابن حبيب: تعليل قوله في الشيخ والعجوز بأرض الحرب غير

عتق: بأنه لم يملكها ملكًا تامًا، وتعقبه بأنه تام؛ لأن له أن يطأ ويبيع، ولو أعتق؛ لم يكن له فيه رجوع.

ابن سَحنون عنه: ينبغي توكيل الإمام في دخوله دار الحرب رجالًا يلحقون من تخلف، ويقفون على الضعيف، ومن معه دابة لا فضل فيها ألحقوه بالناس دونها، ولهم ذبحها ولا ضمان عليهم، ولو ألحقوا من اشترى نعمًا أو خيلًا من المغنم دونها لعجزه عن اللحوق بها، ثم مر بها سرية لحقوا الناس بها؛ ضمنوا ما هلك منها إن كان علموا بالسرية وإلا فلا، ولربها أخذ ما بلغ منها بعد دفعه ما أنفق عليها من حملها إن أنفق عالمًا أنها لمسلم، ولو حملها ظانًا أنها للعدو غنيمة؛ فلا نفقة له كعبيد غنموها بان أنها لمسلم له أخذها دون غرم نفقتها، ولو قسمت أخذها بالثمن دون نفقة.

قال أكثر أصحابنا: من وقفت دابته فتركها، وأنفق عليها رجل؛ فلربها أخذها بغرم نفقتها، والقول قول المنفق فيما يشبه، فإن اختلفا في المدة أو قال ربها: لا أدري؛ فالمنفق مدع لا شيء له إلا ببينة أو إقرار ربها.

وقال ابن كنانة: إنما يغرم النفقة إن كانت يسيرة، وما كثر؛ لم يلزمه؛ إذ ليس له حبسها حتى تذهب في نفقتها.

وفي الروايات وأقوال الرواة والأشياخ: لفظ الأمان والمهادنة، والصلح والاستئمان، والمعاهدة والعهد، ومنها متباين ومترادف.

[باب الأمان]

فالأمان: رفع استباحة دم الحربي، ورقه وماله حين قتاله، أو العزم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة ما[1]، فتدخل الأمان بأحد الثلاثة؛ لأنه رفع

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (رفع)؛ مصدر مناسب للأمان؛ لأنه اسم مصدر.

قوله: (استباحة دم الحربي)؛ احترز به من استباحة دم غيره كالعفو عن القاتل.

قوله: (ورقه)؛ أخرج بالمعاهدة.

قوله: (حين قتاله) إلخ؛ احترز به عن الصلح والمهادنة والاستيمان، ولما فرغ الشيخ من هذا الحد قال: فيدخل الأمان بأحد الثلاثة؛ لأنه رفع لاستباحتها، الثلاثة التي أشار إليها هي النفس والدم والمال،

لاستباحتها لا المهادنة، وما بعدها وهو من حيث استلزامه مصلحة معينة أو راجحة أو مفسدة أو احتمالها مرجوحًا واجب، أو مندوب أو حرام أو مكروه، وتبعد إباحته؛ لأنها لا تكون إلا عند تحقق عدم استلزامه إحداهما أو تساويهما وهو عسير.

اللخمي: هو لأمير الجيش باجتهاده بعد مشورة ذي الرأي منه كان على الرحيل عن أهل الحرب، أو على أمنهم فقط مدة معينة في أنفسهم وأموالهم أو دونها بلا عوض أو بأخذ أموالهم وأبنائهم أو بعض ذلك، أو باسترقاقهم، أو ضرب الجزية عليهم.

قُلتُ: يريد: ولا تتوقف في الأشخاص الجزية على المشورة.

اللخمي عن ابن حبيب والشيخ عنه وعن سَحنون: لا ينبغي أن يؤمن غير الإمام، وينبغي أن يتقدم للناس بذلك فمن أمن بعد ذلك؛ فللإمام إمضاؤه أو رده لمأمنه.

الباجي: من أمن بعد منع الإمام التأمين؛ فللإمام رده برد الحربي لما كان عليه إن لم يعلم منع الإمام وانظر إن علم.

قُلتُ: للشيخ عن كتاب ابن سَحنون: لو قال الإمام لأهل الحرب: من دخل إلينا بأمان فلان أو أحد؛ فهو فيء، فهو على ما قال، وذلك نافذ.

وإنما دخل التأمين بأحدها؛ لأن المجموع يتقرر بأحد أمرين إما برفع كله، أو برفع أحد أجزائه فتأمله، وأشار إلى أن الأمان يكون أعم من التأمين في الثلاثة المذكورة، أو في واحد منها، وإذا أطلق الإمام الأمان يحمل على العموم، (فإن قلت): لأي شيء لم يقيد.

الشيخ ﵀: الرفع بقوله: رفع الإمام مع أن ذلك إنما هو له حين القتال أو العزم عليه، ولا يصح أن يكون من غيره.

(قُلتُ): لعله عم الأمان الصحيح وغيره وفيه نظر، (فإن قلت): الشيخ: لما ذكر الأمان، ورسمه ذكر قبله، وفي الروايات وأقوال الرواة والأشياخ لفظ الأمان والمهادنة والصلح والاستيمان والمعاهدة والعهد، ومنها متباين ومترادف، فحد الأمان فما وجه ذلك.

(قُلتُ): هذا ذكره إشارة إلى أنهم ذكروها ولم يعرفوها؛ وهي حقائق شرعية، فذكر كلام الأشياخ، وإطلاق الروايات وأقوال الثقات، وما وقع لهم من إطلاقهم، فاحتاج إلى رسمها؛ لأنها شرعية هذا موقع كلامه وحسن نظامه -رحمه الله ونفع به-.

[باب ما يثبت به الأمان]

الصيغة: الباجي: يثبت بكل لسان عبر به عنه، ولو لم يفهمه المؤمن، والإشارة به كلفظه، وكذا لو أراد المؤمن منع أمانه، فظنه المؤمن أمانًا؛ فهو أمان له.

قُلتُ: لنقل الشيخ رواية ابن وَهْب: الإشارة بالأمان كالكلام، وليتقدم إلى الناس في ذلك.

ابن العربي: لا خلاف في إمضاء الإشارة به إن كانت معهودة بينهما.

قُلتُ: انظر مفهوم قوله: إن كانت معهودة، وفي الموطإ: الإشارة به كالكلامز

وللشيخ عن محمد: أجمع فقهاؤنا في مركب مسلمين قاتلوا مركب عدو يومهم، فطلب العدو الأمان، فنشر المسلمون المصحف، وحلفوا بها فيه: لنقتلنكم، فظنه العدو أمانًا، فاستسلموا، ثم طلبوا بيعهم أن ذلك أمان.

قال: ولو طلبوا مركبًا للعدو، فصاحوا به: ارخ قلعك، فأرخاها؛ هو أمان إن كان قبل الظفر بهم.

قُلتُ: وتقدم قول عمر للهرمزان.

ابن سَحنون: ذكر لمالك ما روي عن عمر في القائل للعلج: مترس؛ وهو بالفارسية: لا تخف.

قال سَحنون: هو أمان، وكذا بكل لسان قبطي أو غيره، ولو لم يفهمه الحربي.

ابن حبيب عن بعض أهل العلم: من رهق مشركًا فاتقاه، فقال له: لا تخف ولا بأس عليك، ثم أسره فأراد قتله، إن أراد بقوله له تأمينه من الضربة التي أشرف بها عليه لا من قتله؛ فله قتله، وإن أراد من القتل؛ فلا يقتله، فإن قتله؛ غرم قيمته للمغنم.

قُلتُ: إن قيل: قتله مطلقًا يوجب ضمانه؛ لأنه لا يقتل أسيرًا إلا الإمام.

قُلتُ: مراده بأسره الاستيلاء عليه بالغلبة لا حصوله في قبضة الإسلام.

وفي الموطإ: مالك عن رجل من أهل الكوفة: أن عمر بن الخطاب كتب إلى عامل جيش: بلغني أن رجالًا منكم يطلبون العلج حتى إذا أسند في الجبل وامتنع.

قال الرجل: مطرس يقول: لا تخف، فإذا أدركه قتله، والذي نفسي بيده لا أعلم

مكان أحد فعل ذلك إلا ضربت عنقه.

قال يحيى: سمعت مالكًا يقول: ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه، وليس عليه العمل.

ابن العربي: قيل: لم يصح هذا عن عمر.

قُلتُ: في بعض الحواشي يقال: مطرس ومطرس بشد الطاء وإسكانها، وبالتاء بدل الطاء مشددة وساكنة.

ابن حبيب: ذلك تشديد من عمر، ولا ينبغي أن يقتل.

ووقته الباجي: قبل أسر الحربي لغير الإمام.

سَحنون: لو أشرف على أخذ حصن وتيقن أخذه، فأمنهم رجل مسلم؛ فللإمام رده.

اللخمي عن سَحنون: من أمن أسيرًا بعد أسره؛ لم يحل له قتله، ويجوز للإمام قتله إن رآه، ومنعه محمد.

قُلتُ: ظاهره جواز قتل غير الإمام الأسير، فيؤول بما مر، وشرط المؤمن الرافع أمانه كون المؤمن فيئًا عقله الأمان واختياره، وعدم إعلام الإمام الحربي لغو أمانه.

وروى الباجي: شرط عقله مطلقًا، ونقله غير واحد.

وللشيخ عن كتاب ابن سَحنون: إن أمن مخالط العقل إلا أنه يصف الإسلام ويعرفه ويعقله؛ جاز أمانه، وللإمام إمضاؤه أو رده، وشرطه متفقًا عليه ذلك، والإسلام والذكورية والبلوغ والحرية، وكونه قبل القدرة على الحربي في غير الإمام.

فأمان الذمي قال اللخمي: اختلف فيه.

روى محمد: لا أمان له ومؤمنه فيء.

قُلتُ: قال: اختلف فيه، ولم يذكر غير قول مالك، ولم يحك الباجي غيره.

وقال التونسي: في آثارها أمان الذمي جائز.

قُلتُ: قول الصقلي عقب ذكره هذا الأثر.

قال سَحنون: بهذا يقول أصحابنا، يقتضي أنه في المذهب.

ولسَحنون في النوادر، وظاهره من كتاب ابن سَحنون ما نصه: أجاز ابن القاسم

أمان العبد والذمي.

قال ابن القاسم: إن قالوا: ظننا الذمي مسلمًا؛ ردوا لمأمنهم، وإن علموا أنه ذمي؛ فهم فيء.

سَحنون: لا يجوز أمان الذمي بحال.

وقال المازري وابن بشير: المشهور لغو أمانه، والشاذ صحته.

اللخمي: وعلى لغوه لو قال المؤمن: ظننته مسلمًا، ففي قبول عذره قولا ابن القاسم.

قُلتُ: زاد الشيخ عن محمد: أحب إلي رده لمأمنه.

اللخمي: لو قال: ظننت صحة أمانه، فروى محمد: لا يقبل.

اللخمي: أن رده لمأمنه للشك في استباحته، ولو قال: علمت أن لا أمان لنصراني وجهلت أنه نصراني؛ لم يعذر؛ لأنهما أهل دين واحد، فدعواه جهله لا تشبه.

قُلتُ: مفهومه لو كان يهوديًا عذر، وخرج ابن بشير عليه ظن عقله وهو مجنون.

وأمان المرأة: الباجي: معتبر.

اللخمي: في اعتباره قولا ابن القاسم وأبي الفرج عن عبد الملك.

المازري: أولًا لا خلاف في تأمينها، ثم قال: المشهور اعتباره، وقيل: لا تأمين لها.

عياض: على جواز أمانها جمهور العلماء، وخالف فيه ابن الماجِشُون؛ إذ ليست ممن يقاتل.

وفي أمان الصبي عاقله مطلقًا، أو إن أجازه الإمام للقتال قولا ابن القاسم فيها، والباجي مع اللخمي عن سَحنون.

وفي أمان العبد ثالثها: إن أذن له ربه في القتال للباجي عن ابن القاسم مع قوله نقله القاضي كأنه المذهب، ورواية أبي عمر واللخمي مع الباجي عن رواية معن، وله عن سَحنون قال: وقال ابن القُصَّار: لا نص فيه، وهم يرون قياس قول مالك اعتباره، ونقل ابن بشير الثالث بلفظ: إن قاتل، ونقله ابن شاس.

رابعًا الشيخ عن سَحنون: إن ثبت تأمين العبد، فرده الإمام، فأبوا إلا أن يقتلهم الإمام، أو يسبيهم أو يتم أمانهم، فإن تحولوا لبلد الإسلام ضرب عليهم الجزية، فإن

أبوا؛ فهم فيء يخير فيهم الإمام بالقتل وغيره.

وأمان الأسير: لمن بيده بعد تخليتهم إياه صحيح، وقبله مع قولهم: أمنًا وإلا قتلناك لغو.

ابن رُشْد: اتفاقًا فيهما.

وفي صحته لهم بقولهم: نخليك على أن تؤمننا ولغوه قولان؛ لأول لفظ سماع عيسى ابن القاسم وآخره مع ابن حبيب.

وفي صحته من أسير طلب من آسره تأمينه حين أحسوا بخيل المسلمين، فأمنهم وهو آمن، سماع أَصْبَغ أشهب قائلاً: يصدق إن كان آمنًا مع محمد قائلاً: إن اختلف قوله؛ أخذ بأوله.

ونقل ابن بشير مع الشيخ عن سَحنون قائلاً: لا يصدق أنه كان آمنًا، ولا يقدر إذا طلبوه منه إلا أن يؤمنهم، ونقل التونسي عن محمد عن ابن القاسم مثل قول أشهب.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن خرج حربي من أرضنا بأمان من خالف على الإمام في ثغر؛ لم يستبح في نفس ولا مال، ويقال له: إن عهده لا يمضيه الإمام، فارجعوا إلى مأمنكم، فإذا ردوا لأرضهم؛ كانوا أهل حرب.

ابن رُشْد عن أَصْبَغ: إن أغاروا على المسلمين لمخالفة من أعطاهم العهد الإمام؛ فلا أمان لهم.

الشيخ عن سَحنون: أمان الخوارج، ولو لجمع معتبر، وللإمام نقضه بردهم لمأمنهم، ولو كانوا بمنعة، فأمنوا حربيين على الخروج إليهم للكون معهم بأرض الإسلام، فقاتلونا معهم؛ لم يستباحوا ولو قاتلونا، ويرد لهم مالهم ولو نفله الإمام.

قُلتُ: ثم قال عنه في مثل هذا: إن قاتلونا؛ استحل منهم ما يستحل من الخوارج.

قال: وتأمينهم إياهم على مجرد الخروج ليقاتلونا معهم لغو؛ لأنهم لم يذكروا أمانًا.

قُلتُ: اعتبار تأمينهم بناءً على عدم تكفيرهم، والفرق بين الثانية والأولى التصريح بلفظ الأمان فيها دون الثانية.

فإن قلت: إنما جعل تأمينهم على الخروج للكون معهم بأرض الإسلام، وإن كانوا

يقاتلوننا معهم لتقرر لازم الأمان في هذه الصورة، وهو التزام المؤمن حكم الإسلام بالإطلاق، وإن كان فاسقًا، وجعل تأمينهم على مجرد الخروج لقتالنا لغوًا؛ لانتفاء لازمه المذكور؛ لأن الخروج المخصوص بقتالنا خروج لحرب المسلم المناقض لالتزام حكمه.

قُلتُ: يرده قوله: لو أمن عشرة من الخوارج مثلهم من الروم على أن يغيروا علينا، ولا منعة لكل فريق فهم كالخوارج لا فيء، ولو لم يؤمنوهم، وقالوا اخرجوا قاتلوا معنا فهم فيء.

قال: ولو دخل الخوارج أرض أهل الحرب، وأمن بعضهم بعضًا، فإن كان الحربيون في سلطانهم؛ سقط تأمين الخوارج لهم وإلا اعتبر، ولو دخل الحربيون إلى الخوارج بأرضنا، فسألوهم قتالنا هم بناحية والخوارج بناحية، وأمير كل منهما منه، فإن كان الحربيون بمنعة بأنفسهم؛ فهم فيء وإلا فكالخوارج.

وأمان الإمام وأميره المجعول له لازم إمضاؤه.

وفي كون أمان غيرهما كذلك، وكونه لنظر الإمام أو أميره في إمضائه، ونقضه برده لمأمنه نقلا اللخمي عن محمد مع الباجي عن فهم القاضي المذهب، وابن القاسم، ومالك، وابن حارث عن سَحنون مع اللخمي عنه، وعن ابن حبيب والباجي عن ابن الماجِشُون، وجعل ابن بشير الأول المشهور.

وفيها: لمالك: أمان المرأة جائز.

ابن القاسم: وكذا عندي العبد والصبي إن عقل الإسلام لحديث: يجير على المسلمين أدناهم(1).

قال غيره: لم يجعله ﷺ لازمًا للإمام؛ بل ينظر فيه بالاجتهاد.

الصقلي: جعل أصحابنا قول المغيرة وفاقًا لقول مالك، وجعله القاضي خلافًا.

قلت: عزا الشيخ قول الغير لابن الماجِشُون وسَحنون، وكذا أبو عمر قائلا: هو شاذ لم يقله أحد من أئمة الفتوى، ومقتضى الروايات وأقوالهم، ونص المازري أن الخلاف في

---

(1) أخرجه أحمد: 2/ 215، رقم (7012)، وابن ماجه: 2/ 895، كتاب الديات باب المسلمون تتكافأ دماؤهم، رقم (2685).

إمضاء أمان غير الإمام وأميره؛ إنما هو إذا كان لواحد أو جماعة لا على ناحية ألا تغزى، وخص ابن العربي هذا الخلاف بكونه في جيش فيه الإمام.

قال: فإن غاب الإمام عن موضع الأمان نفذ الأمان.

ونقل ابن عبد السلام عن بعض الشُيُوخ: أن معنى حمل قول الغير على الخلاف أن ابن القاسم يقول: الإمام مخير في إمضائه، ورده لمأمنه، والغير يقول في إمضائه وجعله فيئًا.

قُلتُ: هذا لا أعرفه في عموم تأمين غير الإمام في ذي منعة، وأسير حسبما هو ظاهر المسألة، فإن قلت: نقل ابن شاس والباجي عن ابن القاسم: للإمام رد تأمين غيره يقتضي أنه فيء.

قُلتُ: فسر الباجي رده فيمن أمن بعد نهي الإمام عن التأمين يرد الحربي إلى ما كان عليه، فأحرى فيمن لم يتقدمه نهي.

وللشيخ عن كتاب ابن سَحنون: من أمن حربيًا، فأدخله دار الإسلام، فكرهه الإمام؛ فليعذر إليه أن يرجع لبلده في أجل يمكنه ذلك فيه، ويحتاط له، فإن تعدى ذلك جعله ذمة، وهذا فيمن يقدر أن يرجع، وإلا فعلى الإمام إبلاغه مأمنه، إنما أعرفه في الأسير.

قال اللخمي: اختلف في الأمان بعد الفتح والأسر في القتل.

فقال محمد: من أمن أسيرًا سقط قتله؛ يريد: لا استرقاقه.

وقال ابن سَحنون عن أبيه: لا يحل لمن أمنه قتله، وللإمام قتله إن رآه مصلحة أو إمضاؤه بجعله فيئًا، وهذا أحسن.

وفي مثل هذا كان جوار أم هانئ:

قال ابن الماجِشُون وسَحنون: إنما تم أمانها بإجازته ﷺ.

اللخمي: ولو كان أمانًا لمن في حصن كان ألا يهاج بقتل ولا غيره إلا أن يتبين أنه في النفس دون المال وغير ذلك، وفي متعلق الأمان في الأسير عدم قتله، وفي الحربي إن قيد به، وبعدم استرقاقه أو بالأول فقط فواضح، وإن أطلق عمهما لنقل الشيخ عن كتاب ابن حبيب: إذا استأسر حربي في منعة؛ فهو آمن لا يقتل ولا يسترق، وإن استأسر

وقد رهقته؛ فلا أمان له.

الباجي: التأمين المطلق هو تأمين الإمام رجلاً أو جماعة، فيكون له الأمان من القتل والاسترقاق، وإن أراد البقاء على الجزية؛ فله ذلك، وإن أراد الرجوع؛ فهو آمن حتى يبلغ مأمنه، وهذا حكم من أمنه المسلم الجائز الأمان، والتأمين المترقب ما ينظر فيه الإمام بالإمضاء أو الرد إلى مأمنه، ولعل هذا تجوز ممن يقوله من أصحابنا؛ والصواب أن يرد إلى مثل حاله قبل التأمين، ولو لزم رده إلى مأمنه؛ لكان أمانًا مطلقًا، فهذا عند سَحنون هو التأمين الصحيح، وابن الماجِشُون يرى هذا رد الأمان.

ويثبت الأمان بشاهدين: وفي ثبوته بقول المؤمن فقط نقلا الباجي عن محمد مع أَصْبَغ وابن القاسم وسَحنون.

الشيخ: لو شهد رجل مع الذي أمنهم، ففي قبوله أول قولي سَحنون وآخرهما قائلاً: قول الإمام: كنت أمنت مقبول إنما البينة في غيره.

والأمان بشرط جائز جائزٌ، فمن الأمير ماض ومن غيره.

قال سَحنون: للأمير رد تأمين غيره على مال برده، وإمضاؤه بأخذه منه.

سَحنون عن عبد الملك: من استأسر على أن يدل على عورة فلم يدل، فإن اتهم على كتم شيء؛ جبر على أن يدل عليه، فإن أبى رد لمأمنه.

قُلتُ: وفي ترجمة النزول بعهد على شرط من النوادر.

قال سَحنون: إن نزل رجل من الحصن على أن يؤمن على مائة دينار يعطيها، فلم يعطها، وقال: ما عندي شيء؛ فهو فيء للإمام قتله.

محمد عنه: إن بان أن المؤمن على الأخبار أخبرهم بباطل تغريرًا بالمسلمين، أو لم يجدوا لما أخبرهم به أثرًا، أو غرهم بقلة عدد، فجاءهم أكثر منه، أو صرفهم عن طريق عدوهم، لولا ذلك ظفروا به قتل؛ لأنه جاسوس.

سَحنون: لو أمن على أن يدل على مائة رأس بقرية كذا أو مطمر، فلم يوجد، فإن بان كذبه أو قال: لا أدلكم على شيء؛ فللإمام قتله أو استرقاقه، وإلا فله إمضاؤه أو رده لمأمنه، ولو دل على بعض ما ذكر؛ فللإمام نقضه برده لمأمنه، ولو شرط: إن لم أدلكم على ما شرطت؛ فأنا فيء، فلم يف فهو فيء ولا يقتل، ولو نزل على أن يدل على مائة

رأس بقرية أو على بطريق، فنزل فوجد المسلمين علموا ذلك، فإن كان معينًا؛ فللإمام رده لمأمنه، وإن لم يعينها؛ فهو فيء إلا أن يعرف صدقه، أو يدل على مثل ذلك.

ولو قال أهل حصن: نفتح لكم على أن تعرضوا علينا الإسلام فنسلم فأبوا؛ جبروا عليه بالسجن والضرب.

ولو شرط عليهم إن لم تسلموا؛ فلا أمان لكم؛ فهم فيء للإمام قتل من شاء منهم، ومن قال منهم: أمهلوني حتى أنظر؛ لم يمهل كالمملكة، ولو شرط أن يؤخر ثلاثًا؛ أخر لها، وحسب كسر يومه، ومن استرق منهم لذلك، ثم أسلم؛ فهو رقيق.

سَحنون: لو أمن الأمير أسيرًا على أن يدله على حصن كذا، فدله؛ فله شرطه، ثم رجع فقال: لا يخليه بهذا، وكأنه فداء بمال، ولو كان ذلك على دلالة طريق جيش المسلمين حين خيف هلاكهم؛ مضى كفداء بأسرى المسلمين.

سَحنون: من أمن على شرط، فوفى به، ثم عاد لبلده؛ فلا أمان له إلا بعقد آخر، ولو أمن على أن يرجع، ولم يشترط شيئًا؛ فكل ما جاء به من مالٍ وأهلٍ فيءٌ من أي محل جاء به.

ويدخل في الأمان ما دل اللفظ عليه عمومًا أو السياق؛ لنقل الشيخ عن كتاب ابن سَحنون: لو قال الإمام لأهل حصن: من فتح الباب؛ فهو آمن؛ ففتحه عشرون معًا فهم آمنون، ولو قال رجل من حصن حوصر غير أميره: أفتح لكم على أن تؤمنوني على فلان، أو على قرابتي، أو أهل مملكتي أو حصني؛ دخل معهم في الأمن لا الأموال والسلاح.

وفي (أمنوني على أهل حصني على أن أدلكم على الطريق أو على كذا) يدخل الأموال والسلاح؛ لأن (أفتح) دليل على إرادة الناس فقط، وكذا في أمنوني على أهل حصني على أن أفتحه فتدخلوا فتصلوا فيه.

وفي: (أفتح لكم على أن تؤمنوني على ألف درهم من مالي) له ذلك، ولو كان عروضًا، واستغرق ماله، وما قصر عنه سقط، ولو قال: من دراهمي؛ فلم تكن له دراهم، فكل ماله فيء كالوصايا في المسلمين فلو لم يكن له مال؛ فلا شيء عليه ولا له.

وفي (أفتح لكم على عشرة من الرقيق أو من كذا) له ذلك على المسلمين وماله فيء.

وفي (أمنوني على أن أنزل إليكم على ألف درهم من مالي) يكون له طلبهم بها؛ لأنه فداء بخلاف (أفتح لكم على أن تؤمنوني على ألف درهم من مالي فلم توجد؛ فلا شيء له ولا عليه)؛ لأنه شرط لنفسه.

وفي (أفتح لكم وأعطيكم مائة دينار من مالي) يلزمه إعطاؤها، فلو زاد على أن تعطوني عشرة آلاف درهم فربا لا يجوز، ولو قال: (أعطيكم مائة دينار من مالي على أن تؤمنوني بألف درهم من مالي)؛ فجائز، وله شرطه، ومن أموالهم ربا لا يجوز.

محمد: إن وقع على ما لا يحل رد إلى مأمنه إلا أن يدع الألف فيتم أمانه.

سَحنون: ولو قال صاحب حصن: أمنوني على حصني على أن أفتحه لكم فالحصن، وما فيه من مال وغيره آمن، وكذا قول الملك: تؤمنوني على أهل مملكتي، ولو قال الإمام لأهل حصن: ليخرج أربعة نراوضهم الأمان، فخرج أكثر اختار الإمام أربعة يؤمنهم والزائد فيء، لا يقتلون إن خرجوا بإرسال طاغيتهم، وإلا فكلهم فيء جائز قتلهم.

ولو قال الإمام: عشرة منكم آمنون على فتح الباب، فدخل المسلمون؛ فللإمام اختيار عشرة يؤمنهم ليسوا من أراذلهم وعبيدهم وصبيانهم، وأحب كونهم من خيارهم وما سواهم فيء، ولو كانوا هم القائلين ذلك؛ فالخيار لهم لا من عبيد ونساء وذرية، ولا يترك لهم إلا ما غلبهم، فإن اختلفوا فيما يختارونه؛ أقرع بينهم.

ولو قال الإمام: يخرج إلينا هؤلاء الأربعة، ولم يزد، أو زاد: وهم آمنون، أو نراوضهم؛ فهم آمنون مطلقًا.

أنكر سَحنون قول أهل العراق في الأولى للإمام قتلهم، ولو خرج غير الأربعة المشار إليهم فهم فيء، ولو أشكل هل الأربعة الخارجون هم المعينون صدقوا أنهم هم دون يمين، ولو خرج عشرون كل منهم يقول: هو أحد الأربعة؛ فكلهم آمنون.

ولو قال أمير الحصن: أفتح لكم على أني آمن على عشرة من الحصن، أو على أن لي عشرة آمنين؛ فهو وعشرة يختارهم آمنون في أنفسهم وأموالهم.

قُلتُ: قف على دخول المال في الأمان في قول الأمير بخلاف ما تقدم في غيره.

وروى: أن صاحب حصن قال لأبي موسى: أمن لي عشرة من الحصن أصحابي

وأفتح لك.

فقال أبو موسى: اعزلهم، فعزل عشرة، ونسي نفسه فقتله.

سَحنون: لا نأخذ به؛ لأن مخرج ذلك أنه أراد نفسه، وأمرهم عمر مع الهرمزان بأقل من هذا.

قال الشيخ: ولسَحنون قول آخر: أنه يكون عاشر تسعة يختارهم.

قُلتُ: والأظهر في مثل قضية أبي موسى تذكير المؤمن أن ليس له إلا عشرة هو أحدها أو غيره دونه.

ولو قال: أمنوني مع عشرة؛ فله نفسه وعشرة يختارهم.

ولو قال: في عشرة من أهل بيتي؛ فله نفسه وعشرة منهم يختارهم.

وفي قوله الآخر: هو وتسعة، وكذا في عشرة من بني أبي أي في اختلاف قوله، فأما في عشرة من إخوتي؛ فهو أبين أن له نفسه وعشرة ويختارهم؛ لأنه لا يحسن أن يقال هذا من إخوته، ويحسن هذا من بني أبيه.

ولو قال: أمنوا عشرة من إخوتي، أو من ولدي ،أو من أهل بيتي، أو من حصني أنا فيهم أو أحدهم، فرجع سَحنون عن كونه عاشر عشرة إلى أن له عشرة مع نفسه كلهم بأموالهم.

قال: ولا تؤخذ الأعاجم بمعاني اللغة؛ بل بظاهر قولهم، وإذا ميز العدد ببنيه؛ فله اختيارهم ذكورًا أو إناثًا، أو منهما من بنيه، أو بني بنيه لا من بني بناته.

وقال بعض العراقيين: إذا قال: عشرة من بني وكلهم إناث؛ فذلك باطل، ولا أمان إلا له؛ لأن البنات لا يقال لهن بنون.

سَحنون: هذا لو كان المستأمن يعرف كلام العرب ومعانيه، فأما العجم؛ فلا، ولو قال: في عشرة من إخوتي لم يدخل بنوهم في لغة أحد، ويدخل الأخوات في لغة العجم لا العرب، وكذا الأعمام والعمات وبنوهم والأخوال.

ولو قال الإمام لفارس: أنت آمن في عشرة فرسان إن فتحت الباب ففتحه؛ فهو آمن مع تسعة.

وفي قوله الآخر: مع عشرة، ولو قال: من الرجالة؛ لم يكن بد من عشرة سواه.

ولو قال لرجل: أنت آمن في عشرة من الرجالة؛ فعلى القولين.

ولو قال: من الفرسان؛ فعشرة سواه، ولا يدخل بنات البنات، ولا الذكور في لفظ بناتي، ولو لم يكن له؛ فلا أمان إلا أن يسمي ما يعرفون به كقوله: لي بنات بنات ماتت أمهم، فأمنوني في بناتي؛ فهن كبناته، أو تكون لغتهم لا تفصل بين بنات البنات، وبنات البنين، ولو قال: من موالي، وله موال من فوق وأسفل؛ صدق فيما نوى، فإن لم تكن له نية؛ فالأسفلون، فإن لم يكونوا؛ فالأعلون.

ولو قال: على قريبي زيد بن عمرو، وله قريبان كذلك ابن عم وابن خال؛ فهو ما نوى، فإن لم ينو؛ خير فيهما.

ولو قال: في عشرة من عبيدي، وله ذكور وإناث؛ فله تعيين العشرة منهما، أو من أحدهما، ولو لم يكن له إلا الإناث؛ بطل الأمان فيهن، وكذا العتق في ذلك؛ لأنه لا يقال للإماء إذا انفردن عبيد، وكذا الإخوة والأخوات، والبنون والبنات.

ولو قال بدل عبيدي: موالي؛ صدق على الصنفين الذكور والإناث، وعلى من انفرد منهما؛ لأن لفظ موالي يقع على الإناث.

سَحنون: لو رضي الطاغية بحكم عشرة أنزلهم من الحصن؛ ليوافقونا على الأمان، فعقده العشرة لأنفسهم مع أهليهم وأموالهم فقط، ومضوا وفتحوا الحصن، ودخل المسلمون؛ فلا أمان لغيرهم؛ لتقدم رضى الطاغية بعقدهم، وكذا لو كذب العشرة لهم فقالوا: عقدناه لكم، وهم مصدقون في أموالهم وعيالهم ما لم يأتوا بمستنكر.

قُلتُ: إنما سياق حال الطاغية رضاه بعموم ما يعقده العشرة في حال أمان يشمله لا فيما يختص بغيره.

ولو بعث الإمام مع العشرة مسلمًا يشهد إخباره إياهم بصلحه مع العشرة فقط، فقالوا: إنما أخبرنا العشرة بتأميننا، فصدقهم العشرة، وقال المسلم: كذبوا إنما أخبروا بأمان أنفسهم فقط، ففي سقوط شهادته؛ لأنه واحد، وقبولها لإرساله الإمام أول قولي سَحنون وثانيهما، وعلى الأول لو كانا اثنين؛ جازت شهادتهما، ولو كان لهما في الغنيمة حظ.

قال: إلا أن يعظم قدره، فيسقط، أو أرسله الطاغية لمقاضاة، فقاضوا على أمر،

فقال: إنما أرسلتهم على غيره فأكذبوا؛ صدقوا إلا أن يقيم بينة إسلام بما قال، فيرد عقدهم، ولو نزلوا على تعريف الطاغية ليرضى فقالوا: رضي فأنكر؛ لم يصدقوا عليه ولو أسلموا، وكذا لو أخبروا الطاغية بخلاف ما عقدوا فرضي؛ لم يلزمه ما عقدوا، وإن فات في حصنه نهب؛ رد أو قيمته، ولو رضي المسلمون بما أخبروا به الطاغية ورضيه، فبدا له لما بان له كذبهم، فرجع سَحنون عن لزوم ذلك الطاغية، ويرد لحال أمنه.

قال: كمأمور ببيع سلعة بما رأى الآمر باعها بخمسة عشر فأخبر ربها فرضي، ثم ظهر أنه باعها بثلاثة عشر، فلم يرض، فقال المبتاع: أؤدي خمسة عشر، وأبى البائع؛ فله ذلك، ولو اختلف في أسر وتأمين قبل قول مدعيه، فيقبل أو يرد لمأمنه إلا مع قرينة الأسر؛ فيصدق مدعيه.

سَحنون: إن خرج للعسكر من بلد الحرب علجٌ مع مسلم ادعى أنه أسيره، وقال العلج: جئت مستأمنًا أو أمنني؛ صدق حتى يرد لمأمنه، ولو جاء معه مقهورًا ككونه في وثاقه كمجيئه، وفي عنقه حبل يقوده به؛ صدق المسلم، ولو جاء مع عدد كثير قالوا: أسيرنا؛ صدقوا؛ لأنه في كثرتهم كمقهور، ولو كانوا مائة شهد أحدهم له؛ لم يصدق إلا بشهادة عدلين، ولو خرج عبد مسلم كان أبق لبلد الحرب، ومعه عبيد استألفهم فأنكروا وقالوا: نحن أحرار جئنا للإسلام؛ صدقوا إن لم يكونوا في وثاقه، وللإمام تأمينهم أو ردهم لمأمنهم، وإن كانوا في وثاقه؛ فهم له عبيد، ولو قالوا: إنما أوثقنا ببلد الإسلام حين خفنا، فإن استدل على قولهم؛ صدقوا وإلا فلا.

قُلتُ: مثله سمع يحيى ابن القاسم.

قال ابن رُشْد: إن لم يكونوا في وثاق صدقوا اتفاقًا، ولو أرسل مسلم أسيره على أن يأتيه بابنه أو زوجته فداءً له، فأتاه بهم، فقالوا: خرجنا معه بعهد، وقال: بل سرقتهم، ففي قبول قوله أو قولهم سماع أَصْبَغ ابن القاسم وقول محمد، ونقل الشيخ وابن رُشْد عن ابن ميسر: اختيار الأول وتعليله بأن تقدم خروجه ليأتي بهم قرينة توجب قبول قوله.

ابن رُشْد: لو أتى بهم دون تقدم سبب؛ لم يقبل قوله اتفاقًا.

سَحنون: صح النهي عن إنزال العدو على حكم الله ﷻ، فإن جهل الإمام،

فأنزلهم عليه؛ ردوا لمأمنهم إلا أن يسلموا، فلا يعرض لهم في مال ولا غيره.

محمد: يعرض عليهم قبل ردهم الإسلام، فإن أبوا؛ فالجزية.

سَحنون: إن قربت دارهم، ولينزلهم الإمام على حكمه لا على حكم غيره ولو طلبوه.

قُلتُ: إن قلت: الأظهر إن كان غيره أهلًا لذلك؛ فله إنزالهم على حكمه لصحة تحكيمه ﷺ سعد بن معاذ في بني قريظة(1).

قُلتُ: إنما كان ذلك تطييبًا منه ﷺ لنفوس الأوس لما طلبوا منه ﷺ تخليتهم لهم؛ لأنهم مواليهم، وما كان إنزالهم إلا على حكم النبي ﷺ.

سَحنون: فإن أنزلهم على حكم غيره، فإن كان مسلمًا عدلاً؛ نفذ حكمه مطلقًا، ولو بردهم لمأمنهم، ولو لم يقبل ذلك؛ ردوا لمأمنهم، فإن قبل بعد رده وحكم بسبيهم لم ينفذ وردوا لمأمنهم، فإن كان فاسقًا؛ تعقب الإمام حكمه إن رآه الإمام حسنًا أمضاه وإلا حكم بما يراه نظرًا، ولا يردهم لمأمنهم.

ولو حكموا عبدًا أو ذميًا أو امرأة أو صبيًا عاقلًا عالمين بهم؛ لم يجز وحكم الإمام، ولو نزلوا على حكم الله، وحكم فلان، فحكم بالقتل والسبي؛ لم ينفذ، وهو كنزولهم على حكم الله فقط.

ولو نزلوا على حكم رجلين، فمات أحدهما، وحكم الآخر بالقتل والسبي؛ لم ينفذ وردوا لمأمنهم، ولو اختلفا في الحكم؛ ردوا لمأمنهم.

[باب المهادنة]

المهادنة: وهي الصلح؛ عقد المسلم مع الحربي على المسالمة مدة ليس هو فيها تحت حكم الإسلام، فيخرج الأمان والاستئمان، وشرطها أن يتولاها الإمام لا غيره(2).

---

(1) أخرجه البخاري: 3/1107، كتاب الجهاد والسير، باب إذا نزل العدو على حكم رجل، رقم (2878)، ومسلم: 3/1388، كتاب الجهاد والسير باب جواز قتال من نقض العهد، رقم (1768).

(2) قال الرَّصاع: قوله: (عقد)؛ يعني أن ذلك فيه إيجاب، وقبول من المصطلحين، والتزام منهما، وقوله:

سَحنون: تكره من السرايا والإمام؛ لما فيه من توهين الجهاد إلا لضرورة، فإن نزل لغيرها مضى، ونقله المازري غير معزو؛ كأنه المذهب بلفظ: لا يجوز دون زيادة، إن نزل لغيرها؛ مضى، فظاهره النقض، ولا سيما على قول ابن رُشْد: المكروه من صنف الجائز.

وللشيخ عن سَحنون: لو وادعهم الإمام على مال، ثم بان له أنه ضرر بالمسلمين لم ينبذ إليهم حتى يرد ما أخذ منهم، وكذا إن بان ذلك لمن بعده، ولا يحبس من المال بقدر ما مضى من الأجل.

الشيخ عن محمد: كره علماؤنا المهادنة على أن يعطينا أهل الحرب مالًا كل عام، ولقد طلب الطاغية ذلك إلى عبد الله بن هارون على أن يعطوه مائة ألف دينار كل عام، فشاور الفقهاء فقالوا له: الثغور اليوم عامرة فيها أهل البصائر، أكثرهم فيها نازعون من البلدان، إن قطع عنهم الجهاد تفرقوا، وخلت الثغور للعدو، والذي يصيب أهل الثغور منهم أكثر من مائة ألف؛ فصوب ذلك ورجع إلى رأيهم.

محمد: إنما هادن رسول الله ﷺ أهل مكة لقلة المسلمين حينئذ.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إن رجى الإمام فتح الحصن؛ لم ينبغ صلح أهله على مال، وإن كان على إياس؛ فلا بأس.

قال: ولا بأس بصلحهم على غير شيء كصلح الحديبية.

(المسلم)؛ احترز به من عقد الحربي مع حربي، فإنه لا يسمى ذلك صلحًا هنا شرعيًا ولا معاهدة.
قوله: (مدة إلخ)؛ قال: يخرج بذلك الأمان والاستيمان؛ لأن الأمان لا بد فيه من أن يكون المؤمن تحت حكم الإسلام، وكذلك الاستيمان لا بد أن ينزل على حكم الإسلام مدة ينقضي بانقضائها على ما سيأتي، (فإن قلت): قال هنا: عقد المسلم والأمان؛ قال: فيه رفع إلخ فما شأنه؛ صير الجنس هنا العقد، وفي الأول الرفع، وما سره هنا.
زاد المسلم، وفي الأول أطلق.
(قُلتُ): إنما قال هنا: العقد؛ لأنه لم يرفع استباحة مطلقة، وإنما عقد على المسألة من الجانبين، وعدم القتال بين الفئتين بخلاف الأمان، فإنه اقتضى تحريم القتال والرقية، وأخذ المال، فناسب الرفع هناك، والعقد هنا؛ لأن ذلك الأمان لا يمكن زوال متعلقه، وهذا إنما هو ما دام شرط صلحه مع بقاء أصله، فإذا زال عادت المسالمة حربًا، وتضرب رقاب الكفار بعدها ضربًا، وأما كونه لم يقيد الأمان بالإسلام، فلأن أمان الذمي فيه خلاف والرسم لمطلق أمان، والله أعلم بقصده، وفيه ما لا يخفى عنك.

سَحنون: وليس للإمام نقض الصلح لغير بيان خطإ به فيه، ولو رد ما أخذه إلا برضى من عاقده.

المـازري: ولا يهادن العدو بإعطائه مالًا؛ لأنه عكس مصلحة شرع أخذ الجزية منهم إلا لضرورة التخلص منه خوف استيلائه على المسلمين، وقد شاور ﷺ لما أحاطت القبائل بالمدينة سعد بن معاذ، وسعد بن عبادة في أن يبذل للمشركين ثلث الثمار لما خاف أن تكون الأنصار ملت القتال فقالا: إن كان هذا من الله سمعنا وأطعنا، وإن كان رأيًا، فما أكلوا منها في الجاهلية ثمرة إلا بشراء أو قرى، فكيف وقد أعزنا الله بالإسلام، فلما رأى ﷺ عزمهم على القتال ترك ذلك[1]، فلو لم يكن الإعطاء عند الضرورة جائزًا؛ ما شاور فيه ﷺ.

ابن زرقون عن الأوزاعي: كان يؤدي عبد الملك بن مروان إلى الطاغية كل يوم ألف دينار، وإلى قوم آخرين كل يوم جمعة ألف دينار، وذلك زمن ابن الزبير، وفعله معاوية أيام صفين.

المازري: ومدة المهادنة على حسب نظر الإمام.

أبو عمر عن سَحنون: لا يبعد في المدة لما قد يحدث من قوة الإسلام.

ابن شاس: استحب الشيخ أبو عمر ألا تكون المدة أكثر من أربعة أشهر إلا مع العجز.

المازري: لو تضمنت المهادنة أن يرد إليهم من جاءنا منهم مسلمًا؛ وفي لهم بذلك في الرجال؛ لرده ﷺ أبا جندل[2] وأبا بصير حين جاءا مسلمين، وطلب كفار قريش ردهما، ولا يوفى في ذلك برد النساء لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: 10].

ابن شاس: لا يحل شرط ذلك في رجال ولا نساء، فإن وقع؛ لم يحل ردهما.

قُلتُ: ومثله لابن العربي.

---

(1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: 5/367، رقم(9737)، وابن أبي شيبة في مصنفه: 7/378، رقم (36816)، والبيهقي في سننه الكبرى: 9/232، رقم (18636).

(2) أخرجه البخاري: 2/961، كتاب الصلح باب الصلح مع المشركين، رقم (2553)، ومسلم: 3/1411، كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديبية في الحديبية، رقم (1785).

قال: وفعله ﷺ ذلك خاص به لما علم في ذلك من الحكمة وحسن العاقبة.

ابن سَحنون عنه: ومهادنة الإمام الطاغية بعد محاصرته إياه أو قبل؛ يوجب عمومها في جميع عمالتها إلا أن يخصصاها.

قال: ولو صالحت سرية حصنًا بعد حصاره؛ لصعوبته مدة بقائها بدار الحرب أو أربعة أشهر؛ لم يجز لسرية أخرى دخلت قتاله تلك المدة إن ثبت ذلك بعدلين، فإن قاتلته؛ ردت عليه ما أخذت منه، وديات قتلاهم على عواقل أهل السرية، ولو عرف كل قاتل ففي كون الدية على عاقلته فقط، أو على عواقل كل السرية قولا أشهب ومالك بناء على اعتبار فعل القاتل فقط أو عليه مع من قوي به.

والمؤقت صلحه بخروجها إن خرج أميرها ومن به منعتها حل قتاله لغيرها، ولو قتلت التي صالحت قبل خروجها أو من به منعتها؛ فصلح الحصن باقٍ لقدرة بقائها لو لم تقتل، ولو قتل من ليس به منعتها؛ فهو باق لخروجها، ولو صالحتهم هذه السنة عم صلحها سائر المسلمين، والسنة على حساب المسلمين؛ إنما لهم ما بقي منها لآخر ذي الحجة، ولو لم يبق منها إلا شهر، ولو ادعوا أن الصلح على حسابهم قبل قولهم؛ لأنهم هم طلبوه، ولا تكون السنة من يوم الصلح لقولهم هذه السنة.

قُلتُ: تقدم في النذر خلاف هذا، وللخمي فيه اختيار تقدم.

قال سَحنون: ولو قالوا على سنة عدت من أولها، قال: ولو أمنته سنة على ألا تقاتله، ولا تغير عليه؛ فهو أمان منها فقط، ولو صالحتهم على مال، ولم توقت وقتًا؛ فهو أمان منها، ومن غيرها إلى خروجها إن جاءت سرية أخرى؛ لم يجز لها قتاله إلا أن ينبذ أهل الحصن عهده مطلقًا، أو بأخذ مال من هذه، فإن نبذته على هذا؛ فغنمته السرية لم يجز لها أخذ ما أعطته من الغنيمة، ولو عرفته بعينه.

قال: ولو أرسل إليهم الإمام من بلد الإسلام من صالحهم؛ فهو على التأبيد بخلاف عقد السرية.

قُلتُ: لأن حكم الإمام عام، وحكم أمير السرية خاص بغزاته.

قال: ولو بعث الإمام ثلاث سرايا من ثلاثة ثغور، فبعث أهل حصن لإحداها

مالًا على أن يؤمنوهم حتى يرجعوا من غزاتهم؛ فللآخرين قتاله ومنعه غيرنا.

ابن سَحنون: لكل سرية حكمها كانفرادها بغنيمتها.

قال: ووافقنا على أنه لو كان بعد وقوف السرية عليه؛ كان خاصًا بها.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم له أولًا.

عن سَحنون: لو كان الخليفة في إحداها، والبعث له عم أمانه سائر عساكره.

[باب الجزية العنوية]

الجزية العنوية: ما لزم الكافر من مال لأمنه باستقراره تحت حكم الإسلام وصونه[1].

وقول ابن رُشْد: ما يؤخذ من كافر على تأمينه غير منعكس بها بعد لزومها قبل أخذها، وغير مطرد بما أخذ من مال على مجرد تأمين للحاق بدار الحرب، وحكمها الجواز المعروض للترجيح بالمصلحة، وقد تتعين عند الإجابة إليها قبل القدرة، وشرطها كونها لمن بمحل مقدور عليه.

ابن رُشْد: هي نوعان:

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما لزم الكافر)؛ هو أعم من الذي لزمه لأجل جزيته أو لأجل تعشيره.
قوله: (لأمنه منه باستقراره)؛ يخرج به ما لزمه إذا باع، أو اشترى في أرض الإسلام لأمنه فقط، وقوله: (تحت حكم الإسلام وصونه)؛ يخرج به الصلحية، وفي بعض النسخ: ما لزم الكافر وهو صحيح.
قال الشيخ: وقول ابن رُشْد: ما يؤخذ من كافر على تأمينه غير منعكس.
قال الشيخ: يلزم عدم الانعكاس بالجزية اللازمة بعد تقرر لزومها، وقبل أخذها فعلاً؛ لأنها جزية، ولم يقع فيها أخذ، وهذا معنى قوله: غير منعكس بها بعد لزومها، وقبل أخذها، ثم قال: وغير مطرد بما أخذ من مال على مجرد تأمين للحاق بدار الحرب، فإنه يصدق على هذا حده، وليس المال المأخوذ من الجزية، (فإن قلت) لأي شيء كان ذلك وارد على ابن رُشْد، ولم يرد على حد.
الشيخ: (قُلتُ): لأن ابن رُشْد جعل الجزية هي المأخوذة فعلاً، وهذا ظاهر خصوصيته بما خصه، والشيخ صير الجزية ما لزم الكافر إلخ؛ وهو أعم من المأخوذ فعلاً، أو ما لزم ولم يؤخذ، وكذلك لا يرد عليه النقض بعد الاطراد، ثم نقل عن ابن رُشْد بعد هذا أنه قال: وهي نوعان عنوة الضمير يعود على الجزية المطلقة لا على ما وقع الحد له هنا، فتأمله، ولا بد من ذلك، ولا يصح غير ذلك كما فهم بعضهم، والله سبحانه الموفق.

عنوة؛ وهي ما وضع على المغلوب على بلده المقر فيها لعمارتها.

قُلتُ: يريد: وكذا من أتانا ليستقر بها تحت حكمنا، وتضرب على أهل الكتاب اتفاقًا، وفي غيرهم طرق.

ابن رُشْد: تضرب عليهم وعلى مجوس العجم لا على كفار قريش، ولا مرتد اتفاقًا فيهما، وفي منعها في قريش لمنع إذلالهم بها لمكانهم منه ﷺ أو لإسلامهم كلهم يوم الفتح، فكل كافر قرشي مرتد قولا بعضهم والقرويين، وفي كون مشركي العرب كأهل الكتاب أو كقريش قولا مالك وابن وَهْب مع ابن حبيب قائلاً: إكرامًا لهم؛ فعليه تؤخذ ممن ليس مجوسيًا ولا عربيًا.

وقيل: للتغليظ عليهم؛ لأنهم غير أهل الكتاب، ولا مسنون بهم سنتهم.

قال: فعليه لا تؤخذ منهم.

ابن زرقون عن الباجي عن ابن وَهْب: تقبل من كل عجمي لا من العرب إلا من كتابي.

خلف: أنكر سَحنون قول ابن وَهْب: لا تقبل من العرب.

اللخمي: في قبولها من عبدة الأوثان والمجوس، ثالثها: إلا مجوس العرب لمالك مع ابن القاسم قائلاً: تقبل من كل الأمم وابن الماجِشُون وابن وَهْب، والأول أحسن.

ابن بشير: في أخذها من غير أهل الكتاب من عبدة الأوثان والمجوس الثلاثة، ففسر غير أهل الكتاب بهما، وظاهر نقليهما: قريش كغيرها.

أبو عمر: لا خلاف في أخذها من المجوس، وفي أخذها من مشركي العرب وعبدة الأوثان والنيران غير المجوس قولا مالك وابن وَهْب.

قُلتُ: فالحاصل ثلاثة.

اللخمي: ونقل الباجي عن ابن وَهْب: وخامسها: إلا من قريش، وتقدم قولا ابن القاسم مع مالك وابن وَهْب في استرقاق العرب: إن سبوا، والأول نص جهادها، وأخذ الثاني من عيوبها، وإنما تضرب على ذكر حر مخالط لهم؛ لرواية ابن حبيب لا على راهب لا يقتل.

ابن حارث: اتفاقًا.

وفي سقوطها عن من كانت عليه بترهبه نقلا ابن رُشْد عن ابن القاسم مع ظاهر قول مالك ورواية الأخوين.

قُلتُ: إنما عزا ابن حارث الأول لأشهب.

وفي ضربها على معتق ثالثها: على معتق كافر، ورابعها: الوقف فيه للصقلي عن ابن حبيب وأشهب ولها ورواية محمد.

قُلتُ: عزا ابن حارث الثاني لرواية أشهب.

ابن رُشْد: إنما هذا الخلاف فيمن أعتق ببلد الإسلام، وأما ببلد الحرب؛ فهي عليه بكل حال.

وقدرها أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهمًا على أهل الورق.

الباجي عن محمد عن مالك: أرى إسقاط ما فرضه عمر مع ذلك من أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام؛ لأنه لم يوف لهم، وهذا يدل أنها لازمة مع الوفاء، ونقله اللخمي بصيغة: لما أحدث عليهم من الجور.

قال: ولا أرى أن توضع عنهم اليوم بالمغرب؛ لأنه لا جور عليهم.

قُلتُ: قل أن يكون وفاء غير عمر كوفائه.

الشيخ عن سَحنون: لا يؤخذ من أهل الذمة شيء إلا عن طيب أنفسهم إلا الضيافة التي وضعها عمر.

قُلتُ: ظاهره: إلزامهم الضيافة.

وفيها: أيوخذ من نصارى بني تغلب الصدقة مضاعفة؟.

قال: ما سمعته ولو كان لعلمته.

التونسي: أراد أن يسمي ما يؤخذ منهم صدقة لا جزية، ويضاعفون ذلك لتزول عنهم ذلة ضرب الجزية.

ابن رُشْد: كان عمر يفعله.

وفي أخذها من الفقير طرق:

اللخمي: فيه قولا ابن القاسم وابن الماجِشُون، وهو أحسن، ووجهه ابن بشير بالقياس على الزكاة.

ابن رُشْد: لا ينقص عن الفقير إن قوي عليها.

وروى ابن الجلاب: لا جزية على فقير.

ابن رُشْد: من ضعف عنها.

ظاهر قول ابن القاسم سقوطها.

وقيل: لا قدر ما يحمل.

ابن القُصَّار: ولا حد له.

وقيل: أقلها ربعها.

وعزا الصقلي الثاني لمحمد وأَصْبَغ؛ وهو نقل الجلاب عن المذهب.

خلف عن أَصْبَغ: يخفف عن من ضعف، فإن لم يجد طرح عنه، وإن احتاج أنفق عليه، وقاله عمر بن عبد العزيز.

قُلتُ: إنما عزا الصقلي الاتفاق عليهم لعمر بن عبد العزيز.

زاد: ويسلفون من بيت المال.

ابن رُشْد: لا نص لمالك وأصحابه في زمن وجوبها، وظاهر المذهب والمدَوَّنة تؤخر العام؛ وهو القياس كالزكاة، ومثله للباجي.

قال ابن شاس: قال القاضي أبو الوليد: من اجتمعت عليه جزية سنين إن كان فر منها؛ أخذت منه لما مضى، وإن كان لعسره؛ لم تؤخذ منه، ولم يكن في ذمته ما عجز عنه منها؛ إذ الفقير لا جزية عليه.

قُلتُ: إنما ذكر عن ابن القُصَّار قال: من اجتمعت عليه جزية سنين.

قال الشافعي: لا تتداخل.

أبو حنيفة: تتداخل، فتؤخذ منه واحدة.

ابن القُصَّار: إن فر منها؛ فالأول، وإلا لم يبق في ذمته ما عجز عنه في ماضي السنين.

الباجي: هذا بناء على سقوطها عن الفقير، ولا تثبت لمدعيها إلا ببينة، أو دليل لسماع سَحنون ابن القاسم: إن أخذ يهودي بتجر مقبلين من أرض الشرك قالوا: نحن من جزيرة ملك الأندلس إن ثبت قولهم؛ تركوا وإلا فهم فيء، فإن ثبت وادعوا على

أخذهم أخذ مال؛ لم يحلفوا إن كانوا صالحين مأمومين.

ابن رُشْد: إنما كانوا فيئًا إن عجزوا عن البينة لدعواهم ما لا يشبه؛ لإقبالهم من بلاد الشرك، ولو ادعوا ما يشبه لم يستباحوا، وأسقط اليمين عن المأمومين؛ لأنها دعوة عداء.

قُلتُ: إن لم تؤخذ من ذمي سنة حتى أسلم؛ سقطت عنه لقول مالك: لو أسلم من هو دون ثلاث سنين على مال، فأعطوه سنة، ثم أسلموا وضع عنهم ما بقي.

مالك: من أسلم من أهل العنوة؛ لم تكن له أرضه ولا ماله ولا داره.

الشيخ: يريد: ماله الذي اكتسبه قبل الفتح، وأما بعده؛ فهو له، قاله مالك.

قُلتُ: في كون أهل العنوة المقرين بأرضهم؛ لعمارتها أحرارًا أو عبيدًا، مأذونًا لهم في التجر.

سماع عيسى ابن القاسم: لا يحل لمسلم النظر إلى شعور نسائهم؛ لأنهن أحرار، ودية من قتل منهن خمسمائة دينار مع سماعه يحيى: ميراث من مات منهم لقرابته.

وقول ابن حبيب: من أسلم؛ فماله له.

وسماع سَحنون ابن القاسم: من أسلم منهم؛ أخذ ماله، وبيعهم جائز؛ لأنهم مأذون لهم في التجر لا هبتهم ولا صدقتهم، وأتقي تزويج نسائهم ولا أحرمه.

ابن رُشْد: قول محمد: ما أفادوه بعد الفتح؛ فهو لهم غير مقيس؛ لأن إقرارهم إن كان عتقًا؛ فما بأيديهم لهم، وإلا لم يكن إسلامهم عتقًا، فلا تكون أموالهم لهم، ووجهه أنه جعل ما بأيديهم كأرضهم، وهو خلاف قول ابن القاسم: من اشترى جارية من الخمس معها مال لم يستثنه عند الشراء، ولا يشبه كونه من ثيابها ولباسها؛ فهو لجماعة المسلمين، فجعله للمبتاع بالاستثناء دليل أنه للعبد ما لم ينتزع.

وقوله: دية من قتل منهن خمسمائة؛ يريد بحساب خمسمائة؛ لأنها دية رجالهم ودية نسائهم نصفها، ولازم قول ابن حبيب جواز هبتهم وصدقتهم، وهو ظاهر صدقتها وهبتها، وأن لا يمنعوا من الوصيَّة بجميع أموالهم إذا كان لهم وارث من أهليهم.

[باب الجزية الصلحية]

الجزية الصلحية: ما التزم كافر منع نفسه أداءه على إبقائه ببلده تحت حكم الإسلام حيث يجري عليه[1].

قُلتُ: سمع عبد الملك ابن وَهْب: يجب كف قتال من أجاب إليها حيث يجري عليه حكم الإسلام.

ابن رُشْد: في قول ابن حبيب وغيره: لا حد لها؛ نظر، والصحيح لا حد لأقل ما يلزم أهل الحرب؛ لأنهم مالكوا أمرهم، ولأقل ما يلزم الإمام قبوله، ويحرم به عليه قتالهم حد هو قدر العنوية، وله قبول أقل منه، ولو كانوا أغنياء، فإن كانت مجملة عليهم، فمال كل منهم له يورث عنه.

وفي كون أرضه كذلك أو موقوفة للجزية؛ لا تباع ولا تورث، ولا يملكها بإسلامه قولا ابن القاسم وابن حبيب، فإن كانت مفرقة على رقابهم؛ فالأول اتفاقًا، وإن كانت على الرقاب والأرض مثل: (على كل رأس كذا)، و(على كل زيتونة كذا)، و(على كل مبذر قفيز كذا)، فمن أسلم؛ فله أرضه اتفاقًا.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما التزم)؛ جنس للجزية، وهو ماض، وعبر الشيخ هنا في الصلحيَّة بالتزم، وقال في العنوية: ما ألزم وهو ظاهر؛ لأن العنوية كان صاحبها مغلوبًا مقهورًا، فألزمه أهل الإسلام أداء مال لمصلحة على بقائه بالأرض لعمارتها لصلاح المسلمين، وأهل الصلح الأرض أرضهم بالتزام من قبلهم قبل القدرة عليهم، فإذا طلبوا أنهم يسالمون، والتزموا فالأصح أنها جزية صغارًا لهم، قالوا: ويجب كف القتال عنهم إذا دعوا إلى ذلك، وكان حكم الإسلام يجري عليهم.

قوله: (لمنع نفسه) صفة لكافر، وقوله: (أداءه) مفعول بالتزم، وقوله: (على إبقائه ببلده تحت حكم الإسلام)؛ هذا الشرط لا بد منه، وبه يتم تحريم قتالهم، ويخرج بقوله تحت حكم الإسلام إذا صولح العدو بمال على هدنة مع بقائه في محله، ومن لازم أنهم تحت الإسلام جريان أحكام الإسلام عليهم؛ قالوا: ويباع عليهم من أسلم من رقيقهم، ويؤخذ ما بأيديهم من أحرار المسلمين، (فإن قلت): كيف؛ قلت: يؤخذ ما بأيديهم من أحرار المسلمين مع أنه وقع في سماع يحيى خلافه.

(قُلتُ): قال الشيخ: الصحيح ما في سماع سَحنون وهو الذي ذكرناه أولاً، والله أعلم، وقد حصل ثلاثة أقوال في أسير في يد أهل الصلح وأهل الجزية، وهنا مسائل فقهية يتوقف فهمها على هذه الألقاب الشرعية، والله يوفقنا للفهم عنه -رحمه الله ونفع به بمنه وفضله-.

وفي منع بيعها قبل إسلامه رواية ابن نافع فيها وغيرها، وعليه في كون جزيتها على البائع أو على المشتري، ويسقط بإسلام البائع قولا ابن القاسم وأشهب فيها مع غيرها، فإن صولحوا على جزية مبهمة القدر؛ وجبت له الذمة، ولزمهم قدر العنوية.

قال: وزمن وجوبها إن وقعت مبهمة كالعنوية.

وقال بعض أصحابنا: الصحيح أخذها لأول الحول؛ لأنها عوض عن تأمينهم، وقد حصل لهم، فوجب أخذ عوضه كسائر المعاوضات، ولظاهر قوله ﷻ: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾ [التوبة: 29]، والإعطاء الأخذ لا الوجوب، وبالقياس على قول مالك يؤخذ من تجار الحربيين ما صولحوا عليه وإن لم يبيعوا.

ابن رُشْد: يرد الأول: بأن التأمين أمر معلق باستمرار الزمان، قابل لعدم التمام بالنقض، فكان كمنفعة سكنى، فلا يجب عوضه إلا بتمام مدته.

والثاني: بأن المراد بالإعطاء اللزوم، وإلا لزم تعجيل العام الثاني، أو حمل اللفظ على قبض بعض، وإيجاب بعض، ولا يصلح ذلك في عقل عاقل.

والثالث: بأن عوض المأخوذ منهم تمكينهم من البيع لا البيع.

قُلتُ: حاصل دليل رد الثاني امتناع حمل اللفظ على معنيين حقيقة أو مجازًا في أحدهما.

ابن رُشْد: ذو الجزية ولو بصلح أهل ذمة يحكم فيهم بحكم الإسلام، ويباع عليهم من أسلم من رقيقهم، ويؤخذ ما بأيديهم من أحرار المسلمين.

وسماع يحيى ابن القاسم: من صولح على الجزية؛ لهم كل ما بأيديهم للمسلمين من مال وأسير ورقيق، لا ينبغي للإمام نزع شيء من ذلك، وكذا من صولح على هدنة، وقع على غير تحصيل إنما ذلك فيمن صولح على هدنة؛ لأنهم غير أهل ذمة لعدم جري حكم الإسلام عليهم، والصحيح سماع سَحنون ابن القاسم: يباع عليهم عبيدهم المسلمون، ويؤخذ ما بأيديهم من أحرار المسلمين بقيمتهم من بيت المال.

قُلتُ: لابن حارث: اتفقوا على أنه إن هودن أهل حصن لغير مدة، فألفي بأيديهم أسرى مسلمين؛ انتزعوا منهم، وأعطوا فداءهم، ولو كان الصلح لمدة يسيرة، فقال سَحنون: لا يعرض لهم.

قال سَحنون: وعلى قول عبد الملك: اليسيرة كالكثيرة.

قُلتُ: تقييده الصلح بيسير المدة يمنع حمله على صلح الجزية، فالحاصل في نزع أسرى المسلمين من أهل صلح الجزية والعهد، ثالثها: من أهل الصلح، ولو طلب حربي نزل بعد المقام بضرب الجزية عليه، ففي قبوله وتخيير الإمام في ذلك طريقان:

الشيخ: روى محمد: إن دخل إلينا بأمان حربي؛ فهو حر، وله المقام إن أسلم أو رضي بالجزية وإلا رجع، ونحوه قول اللخمي إثر ذكره أحكام الجزية ما نصه: كل هذا فيمن استبقي من أهل العنوة أو حربي قدم ليقيم ويكون ذمة.

ابن بشير: لو قدم حربي، فأراد أن يقيم على ضرب الجزية؛ فذلك إلى رأي الإمام.

وقول ابن عبد السلام بعد ذكره قول ابن الحاجب: (نظر السلطان) في هذا الفرع وشبهه؛ نظرٌ؛ لأن أهل الحرب إذا بذلوا الجزية بشرطها؛ حرم قتالهم، وهذا ينبغي أن يكون للإمام نظر يقتضي أن ما قاله ابن الحاجب هو المذهب وليس كذلك، لا أعرف من قاله إلا ابن بشير خلاف ما تقدم للشيخ واللخمي.

والسيرة في أهل الذمة بالوفاء لهم بحكم الإسلام

الشيخ عن سَحنون: تواترت الأحاديث بالنهي عن ظلمهم، ولا يتشبهون بالمسلمين في زيهم، ويؤدبون على ترك الزنانير.

ابن حبيب: كتب عمر بن عبد العزيز: أن يختم في رقاب رجال أهل الجزية بالرصاص، ويظهروا مناطقهم، ويجزوا نواصيهم، ويركبوا على الأكف عرضًا.

وروي: «**إذا لقيتموهم بطريق؛ فألجئوهم إلى أضيقها**».

وقال عمر: «**سموهم ولا تكنوهم، وأذلوهم ولا تظلموهم، ولا تبدؤوهم بالسلام**».

ابن شاس: يمنعون ركوب الخيل والبغال النفيسة لا الحمير، ولا يركبون السروج؛ بل على الأكف عرضًا.

وسمع ابن القاسم: أيكنون؟.

قال: أكره أن يرفع بهم، ورخص فيه قبل ذلك.

ابن القاسم: أرجو خفته.

قال غيره: وقد قال ﷺ لصفوان: «**انزل أبا وهب**»[1].

قُلتُ: لأنه كان من المؤلفة قلوبهم لا ذميًا.

ابن حبيب: كتب عمر أن يقاموا من أسواقنا، وقاله مالك.

ويمنع الذميون الساكنون مع المسلمين إظهار الخمر والخنزير، وحملها إليهم من قرية إلى قرية، وتكسر إن ظهرنا عليها، ويضرب فاعل ذلك، ويؤدب السكران منهم، وإن أظهروا صلبانهم في أعيادهم واستسقائهم؛ كسرت وأدبوا، وقاله مُطَرِّف وأَصْبَغ.

زاد ابن شاس: ولا يرفعوا أصوات نواقيسهم ولا صوتهم بالقراءة في حضرة المسلمين.

ولا يقر كافر، ولو بجزية في جزيرة العرب لإجلاء عمر منها كل كافر.

وروى الباجي: لا يمنعون منها مسافرين لدخولهم إياها أيام عمر بجلبهم الطعام من الشام إلى المدينة، وضرب لهم عمر ثلاثة أيام يستوفون، وينظرون في حوائجهم.

وفي إخراج عبيدهم كالأحرار نقلا اللخمي عن عيسى بن دينار وابن مزين.

وفي منتهى الجزيرة اختلاف:

اللخمي عن مالك: مكة والمدينة واليمن أرض العرب، وعزاه ابن شاس لرواية عيسى بن دينار.

اللخمي: وقال الطبري عن معمر بن المثنى: هي ما بين حفر أبي موسى إلى أقصى اليمن في الطول، والعرض ما بين رمل يبرين إلى منقطع السماوة.

وقال الأصمعي: هي ما بين أقصى عدن إلى ريف العراق طولًا، ومن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام عرضًا.

الطبري: الصواب أنها مما يلي العراق وما جزر عنه بحر البصرة من الأرض من حفر أبي موسى إلى أقصى اليمن طولًا، وما جزر عنه هذا البحر بحر البصرة من جدة

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 2/ 543، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، رقم (1132)، وعبد الرازق في مصنفه: 6/122، رقم (10195).

إلى أدنى أرض الشام، وإنما قيل لها: جزيرة لانقطاع ما كان فائضًا عليها من ماء البحر عنها، والجزر في كلام العرب القطع، ومنه سمي الجزار.

الباجي: قال مالك: قيل لها: جزيرة لإحاطة البحر والأنهار بها.

الباجي: يجلى الكفار منها، وإن لم يكن غدر منهم.

وأما في غيرها فسمع ابن القاسم: من كانت له عهود من كافر، وبان غدرهم أجلوا، وعندي أن ذلك إذا خيف منهم الميل لمجاورهم من حربي، فينقلون إلى حيث يؤمن ذلك منهم.

والمذهب أخذ الذمي فيما قدم به غير أفقه بالعشر.

ابن حارث وابن زرقون: وخصه ابن عبد الحَكم بمكة والمدينة.

وفيها مع الموازيَّة: تجره بانتقاله في أفقه لغو، وفي تعشير ما قدم به أفقه من غيره نقل اللخمي روايتي المجموعة وابن عبد الحَكم.

ابن سَحنون عنه: لو باع ما اشتراه من حيث أخذ منه العشر ببلد آخر غير بلده؛ أخذ عشره، ومقتضى الروايات أن أفقه محل أخذ جزيته وعمالاته.

وفيها الشام والمدينة أفقان.

الشيخ: سمع القرينان: ما جلب من تيماء إلى المدينة عشر لا من وادي القرى إليها.

ابن عبدوس: روى ابن وَهْب: إن تجر عراقي بصري للكوفة لم يؤخذ بشيء، والشام والعراق ومصر آفاق.

ابن رُشْد: والحجاز واليمن أفقان، والأندلس كلها أفق واحد.

الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: إن أوطن مصري الشام، ثم قدم مصر بتجر؛ فلا شيء عليه؛ لأنها بلده التي صالح عليها، وفيها قدم به الشام العشر.

أَصْبَغ: هذا إن لم تحول جزيته حيث انتقل، فإن حولت إليه؛ صارت كبلده.

وفي أخذه بعشر ما قدم به أو عوضه، ولو قدم بعين نقلا الشيخ عن ابن حبيب مع روايته عن مالك والمدنيين وابن القاسم.

قُلتُ: هو نصها والمشهور، وعليهما لو رجع بماله بعينه، ففي أخذه به روايتان، ولو

قدم بإماء؛ ففي منعه منهن حتى يؤدي القولان.

وفيها: وعبده مثله فيما قدم به، وتكرر قدومه كأوله، وقليل ماله ككثيره.

ابن سَحنون عنه: ما روي عن مالك في الكتابي بأعراض المدينة: يزرع إن كان يؤخذ منه الجزية؛ فلا شيء عليه، وإلا فعليه العشر إن بلغ خمسة أوسق رواية سوء لم نجزها، وعلى المشهور لو اشترى بعين قدم بها سلعًا؛ ففي أخذ عشر ثمنها أو عشرها أو عشر قيمتها رابعها: إن لم تنقسم، وخامسها: إن لم تنقسم أخذ تسع قيمتها لنقل الكافي واللخمي مع التونسي قائلاً: إن أخذ منه عن عشر السلع دراهم أخذ منه عشر السلع الواجبة عشرًا ونصها، وتأويلها.

الشيخ: وبعض شُيُوخ عبد الحق، وبعض شُيُوخ الصقلي قائلاً: هو الحق الذي لا شك فيه؛ لأن لنا عشر عين السلع، فإعطاؤه قيمته شراء منه سلعة ثانية؛ فلنا عشرها، ويلزم فيه ما لزم فيها إلى ما لا نهاية له حتى يدق لما لا يعلمه إلا الله تعالى، فيؤخذ منه التسع أول مرة.

قُلتُ: تقريره: لو اشترى بكل ما قدم به عشرة أثواب لا يستقل منها ثوب للعشر، فيجب فيها للإمام ثوب قيمة لا عينًا، فيدفع الذمي قيمته، فيضطر لبيعه منها ثوبًا يدفع لنا ثمنه ضرورة فرض شرائه إياها بكل ما قدم به، فتبقى بيده منها تسعة، فيطلب بعشر الثوب الذي وجب أخذه منه وابتاعه، فيضطر لبيع عشر ثوب آخر منها؛ ليدفع ثمنه عنه، فيبقى بيده منها سالمًا ثمانية، وبيد الإمام من العشرة ثوب قيمة لا عينًا، والثوب الذي وجب عشره يجب في عشره ما وجب فيه، وكذا في عشر عشره حتى يدق لما ذكر، فيخلص منه للذمي ثمانية أجزاء، وللإمام جزء، فمجموع الثياب انقسم قسمين؛ الأول: خلص منه للذمي ثمانية أجزاء وللإمام جزء، والقسم الثاني: وجب منه لهما كذلك، فوجب قسمه مرة واحدة على ثمانية وواحد؛ وهو المعني بكونه اتساقًا.

ابن بشير: إلزام التسع بما ذكر خيال بعيد، وتقويم العشر كشرائه سلعة بما عشر عليه إلا أن يؤدي قيمته من مال آخر قدم به فلقوله وجه.

قُلتُ: لا وجه له؛ لأن حكم المال الآخر حكم الأول، وقد قال: إن ذلك في المال الأول خيال، فكذا في الثاني، وهذا هو الحق.

وقول ابن عبد السلام: منهم من أنكر الإلزام يرى أنه يلزم في التسع ما لزم من العشر لا أعرف قائله، ولا وجه للزومه في التسع إلا على بعد، وهو جعل وجوب التسع المذكور كالعشر، وليس كذلك؛ لأن وجوبه بالنص القاصر عليه، ووجوب التسع بالانتقال المذكور المتوصل به إلى أخذ العشر من كل ما اشتراه، وبالوصول للتسع يسقط طلب العشر من كل ما اشتراه.

الباجي: من قال بالقيمة مطلقًا قال: ولو كان مكيلاً أو موزونًا.

التونسي: لا عشر في عين مصنوع قدم به بصنعه بيده؛ لأنه شيء لم يشتره.

قُلتُ: عزاه الشيخ لمحمد، وما صنعه بأجر.

قال التونسي: يشركه الإمام في المصنوع بعشر قيمة الصنعة إن لم يدفع قيمة عشرها عينًا.

اللخمي: إن قدم بها استأجر على صنعه مكن من صنع تسعة أعشاره، وكلف الإمام الأجير بصنع مثل تسع مصنوع الذمي، فإن غفل حتى صنع جميعه أخذ بقيمة صنعة تسعه وعشر ذلك العشر.

قُلتُ: لا وجه لمنعه صنع كل ماله وتكليفه صنع مثل تسع مصنوعه قضاء بالمثل عن ذوات القيم.

وقول ابن عبد السلام: أجازوا هنا القضاء بالمثل في ذوات القيم؛ لأن أخذ عشر سلع اشتراها بما قدم به على المشهور قضاء بالمثل في ذوات القيم وهم؛ لأنه أخذ لعين ما وجب لا عوضه.

وقول اللخمي: الحق على قول ابن القاسم تكليفه صنع مثل عشر مصنوعه وهم؛ بل مثل تسعه؛ لأن الواجب لنا مثل تسع ما يبقى بيده بعد أخذنا منه، وهو عشر مجموع ما قدم به، ومثل عشر ما بيده أقل من ذلك؛ لأنه جزء من أحد عشر جزءًا مما قدم به.

قُلتُ: للشيخ عن محمد: فيما قدم به من غزل استأجر على حياكته أو فضة استأجر على صوغها، أو ضربها عشر الأجرة.

قال محمد: وقال أشهب وابن القاسم: لا شيء عليه، وله في الحربي خلافه.

الشيخ: في المجموعة: روى ابن نافع: إن تجروا بخمر وما يحرم؛ تركوا حتى

يبيعوه، فيؤخذ عشر ثمنه، فإن خيفت خيانتهم؛ جعل معهم أمين.

ابن نافع: هذا إن جلبوه لأهل الذمة لا إلى أمصار المسلمين التي لا ذمة فيها.

ابن بشير: لا يجوز النزول بمثل هذا، ولا الوفاء لهم به ويهراق الخمر، وتعرقب الخنازير، فإن نزلوا على أن يقروا على ذلك، وهم بقرب نزولهم.

قيل لهم: ارجعوا، وإلا فعلنا ذلك.

وإن طال مكثهم؛ فعل ذلك وإن كرهوا.

وفي تعشير ثمن المنافع كالأعيان قولان للمشهور مع الشيخ عن ابن نافع، ورواية ابن عبدوس مع التونسي عن أشهب قائلاً: لأنها غلة.

فقال التونسي: انظر قد يقول أيضًا: لو قدم بغنم، فباع لبنها وزبدها وصوفها؛ لم يكن عليه في ثمنها شيء.

قُلتُ: يرد بأن هذه أعيان قائمة، ولذلك في حكم الغصب اعتبار، وعلى الأول في تعشير كراء إبله في غير أفقه منه إلى أفقه لا العكس أو العكس، ثالثها: يعشر مناب مسافة غير أفقه من الكراء فيهما لابن القاسم وابن حبيب.

ونقل اللخمي: مخرجًا على الأولين: ما أسلم فيه بغير أفقه؛ ليأخذه في أفقه وعكسه، ونحوه للتونسي.

وقول ابن عبد السلام: لم يقل أحد بأخذ عشر كرائه دوابه في بلادنا إذا كان ابتداء الغاية وانتهاؤها فيها؛ يرد بنقل الشيخ ما نصه في المجموعة: روي عن مالك في النصراني يكري إبله في بلد الإسلام: لا يؤخذ منه شيء.

قال ابن نافع: يؤخذ منه عشر الكراء كسلعة باعها، وبأنه إذا أخذ منه في كرائه من بلدنا إلى بلده، فأحرى من بلدنا إلى بعض نواحيه؛ لكن لو تكرر كراؤه دواب معينة كذلك، ففي سقوط تعشير ثاني كرائه نظر، والأظهر جريه على أصلي القولين في سقوط زكاة غلة أصل تجر ووجوبها.

ابن عبدوس وابن سَحنون عنه: لو استحق ما اشتراه أو رد بعيب؛ رد له عشره.

قُلتُ: يجري رده بعيب على كونه بيعا عند مثبته.

وفي سقوط عشر ما استغرقه دين مسلم ببينة نقل ابن عبدوس عن أشهب، وقول

التونسي: ولو كان لذمي عشر اتفاقًا.

قُلتُ: ظاهره: لو أدان من مسلم دينًا، فابتاع به شيئًا عشر، وهو ظاهر على أصل ابن القاسم لا ابن حبيب.

وفي أخذ الذمي يقدم مكة أو المدينة بحنطة، أو زيت بنصف عشره، أو به سماع القرينين مع رواية الجلاب، وأول روايتي ابن نافع، ونقل ابن رُشْد مع الشيخ أخراهما، وأبى عمر رواية ابن عبد الحَكم، وصرح ابن نافع بعدم أخذه بها.

وتعليل مالك أخذ عمر ﷺ نصفه بالمدينة للحاجة إلى جلبهم، واليوم أغنى الله عنهم، ولفظ الموطإ في الكافي واللخمي: في الحنطة والزيت، وفي الجلاب: والشعير، ولفظ السماع: في الطعام، فاستثنى ابن رُشْد منه القطنية، ولفظ الرسالة: الطعام دون استثناء، ولفظ السماع والكافي: مكة والمدينة.

زاد في الرسالة: خاصة.

ولفظ الجلاب: وقراهما.

ولفظ ابن رُشْد: وأعراضها.

قُلتُ: ولفظ المدَوَّنة: كثانية ابن نافع.

[باب الاستيمان]

[الاستيمان]: وهو المعاهدة؛ تأمين حربي ينزل لأمر ينصرف بانقضائه(1).

وفيه إن نزل بمال طريقان:

اللخمي: في أخذ عشره، أو ما يراه الإمام، ثالثها: إن نزل دون اتفاق لمالك وابن

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تأمين)؛ بمعنى إعطاء الأمان له إلا أنه أمان خاص؛ لأنه نزول لأمر ينصرف بانتفائه بمعنى أنه يؤمن بنزوله لأرض الإسلام لشراء أو بيع أو أخذ مال، فإذا فرغ مسببه انصرف الأمان، وهذا القيد أخرج به المهادنة وغيرها.

(فإن قلت): قال الشيخ ﷺ: قبل هذا إن الاستيمان يخرج من حد المهادنة، فظاهره: أنه يدخل تحت جنسها، ثم يخرج بفصلها، وكيف يدخل التأمين تحت العقد.

(قُلتُ): يظهر أن التأمين يدخل تحت العقد؛ لأن العقد أعم منه، فيخرج بما ذكره من القيد فيما قدمه، وتأمل أيضًا لأي شيء لم يعبر بالعقد في هذا الرسم في الجنس، والله أعلم وبه التوفيق، وهو أعلم بقصده ﷺ.

القاسم وأشهب.

اللخمي: يريد: إن فات ببيع، وهو أحسن إن لم تكن عادة، فإن لم يفت ولا عادة، فما تراضوا عليه، وإن قل وإن نزل على دنانير؛ لم يمنع وطء إمائه، وعلى مقاسمتهم يمنع حتى تقسم، وإلا ففي كونه كالأول أو الثاني قولان لابن القاسم ومالك، واتفقا على منع رد ماله حتى يعشر.

وقال أشهب: له رده دون تعشير ما لم يشترط عليه أولاً.

الصقلي عن محمد عن ابن القاسم: فيما يؤخذ منه كأشهب.

وعن أَصْبَغ: إن عرف بالنزول قبل ذلك على العشر، ولم يقل له شيء حتى باع لم يزد عليه.

ابن رُشْد: في وجوب أخذ ما صولح عليه بنفس قدومه، أو حتى يبيع قولا ابن نافع مع ابن القاسم ومالك وأشهب مع ابن وَهْب، وعليهما منع رد ماله دون أخذٍ، ووطئه إماءه قبله، فعلى الأول إن نزل على مقدر نصًا أو عادة أو دونه؛ لزم ما قدر أو العشر اتفاقًا، وخلاف روايتي ابن القاسم وعلي فيها إنما هو في جواز إنزالهم على أقل من العشر، أو دون اتفاق؛ فيجب العشر ومنعه، وعلى الثاني إن أنزلوا دون اتفاق ولا عادة، ولم يبع، فكما لم ينزل، وإن باع تعين العشر.

وفيها: لابن القاسم وابن نافع: على الحربي فيما نزل به ما صولح عليه.

وروى علي: عليه العشر.

قُلتُ: هذا خلاف تفسير ابن رُشْد، وذكره قول ابن القاسم رواية.

وللشيخ عن ابن عبدوس عن ابن نافع: لا يؤخذ منه شيء حتى يبيع، فيؤخذ عشر ثمنه، وعن ابن سَحنون عنه عن ابن القاسم: لا بأس أن يجزئ الحربي رقيقه عشرة عشرة على أن يختار الإمام من كل عشرة رأسًا.

وسمع القرينان: قيل لمالك: الرومي إذا قدم جعل رقيقه عشرات يبتدئ في عشرة باختيار رأس، ثم يختار الأمير من التسعة الباقية رأسًا، وفي العشرة الثانية يبتدئ بالخيار الأمير ثم الرومي، وفي العشرة الثالثة كالأولى، وفي الرابعة كالثانية إلى آخره، وأنهم أحكموا ذلك.

قال: أحكموه إحكام سوء.

ابن رُشْد: لأنه غرر بين لا يجوز، والواجب قسم القرعة.

الشيخ: عن ابن عبدوس عن ابن القاسم: إن نزل على العشر؛ لم يكن للإمام مقاسمتهم رقيقًا، ولا غيرها حتى يبيع إلا أن يريد الرجوع بذلك لبلده أو بلد آخر، بخلاف الذمي له الرجوع بذلك دون أخذ منه، وفي أخذه بعشر ما قدم به غير مصنوع استأجر على حياكته أو صوغه أو ضربه أو عشره معمولاً، ثالثها: لا شيء عليه فيه، للشيخ عن محمد، وعنه عن ابن القاسم وعن أشهب.

الصقلي: روى محمد وابن عبدوس: إن رجع بها قدم أخذ منه عشره، ثم إن نزل بلدًا آخر؛ لم يؤخذ منه شيء.

قُلتُ: نقله العُتْبِيّ عن أَصْبَغ.

ابن رُشْد: يريد: بلدًا آخر من ذلك الأفق، ولو كان في أفق آخر أخذ منه العشر إن اشترى أو باع على قول ابن وَهْب، وعلى قول ابن القاسم: وإن لم يبع.

الشيخ والصقلي عن أَصْبَغ: يمنع الدوران في السواحل للبيع خوف التكشف على عورة، ولا ينزل إلا حيث تؤمن غرته، ويمنع المشي بغير الأسواق والطريق الواضحة لحوائجه.

محمد عن ابن القاسم: لا ينبغي للإمام إنزالهم على شرطهم ألا عهدة عليهم فيما يبيعون، فإن جهل وأنزلهم عليه؛ وفى لهم وأنذر الناس بذلك، فمن اشترى منهم غير عالم بذلك؛ فلا رد له بعيب خفيف، أو خفي كبيع المفلس، وما كان عن تدليس أو عيب ظاهر؛ فله الرد عليه وعلى الإمام.

وسمع عيسى: رجوع ابن القاسم عن قوله في حربي أمن على النزول، وقد كان سرق في أمان نزول سابق عند انصرافه منه عبيدًا وأحرارًا ينزعون منه كدين كان أدانه من مسلم في أمانه السابق إلى قوله: لا ينزعون.

ابن رُشْد: على قوله الأول: لا ينبغي إنزالهم على عدم نزعهم، فإن فعل وهو عاجز عن حربهم إن ردهم؛ ففي الوفاء لهم بشرطهم ونقضه ثالثها: يخيرهم الإمام بين ردهم أو نزعهم منهم، وعلى الثاني يخيرهم الإمام لقول ابن القاسم ذلك في الذمي.

وسمع أَصْبَغ ابن وَهْب: لو ادان عند نزوله من مسلم دينًا إلى أن رجع قابلاً، فشرط عند نزوله قابلاً أن لا يعدى عليه غريمه؛ لا ينبغي إنزاله على ذلك، فإن أنزل عليه؛ أعدى القاضي غريمه عليه، وقال له: إن شئت بع أو ارجع.

ابن رُشْد: لا ينبغي أن يختلف في عدم الوفاء له بذلك الشرط؛ لشرطه إسقاط ما أوجبه على نفسه؛ إنما الخلاف فيما هرب به من ذمي غلبه، ثم نزل على أن لا يعدى عليه، ولو أسلم رقيق من نزل بأمان، ففي تمكينه من الرجوع بهم بعد أخذ عشرهم نقلا ابن رُشْد مشهور قول ابن القاسم، وهو سماعه عيسى، وسماعه يحيى، مع قول ابن حبيب، ونقله عن أصحاب مالك قائلاً: لم يتابع ابن القاسم أحد من أصحاب مالك، وحكى هذين القولين أيضًا فيما بيده من أسير مسلم مفسرًا الثاني ببيع من أسلم من عبيده عليه وإعطائه قيمة الأسير المسلم، وعزا في سماع يحيى قول مالك لابن حبيب قائلاً: هو إجماع قول مالك وأصحابه.

ولابن سَحنون عن مالك خلافه.

زاد الشيخ عن ابن حبيب: ولو شرط عند نزوله عدم التعرض له فيهما بذلك؛ لم يوف له شرطه.

قال: وقاله ابن الماجِشُون ورواه.

وللشيخ في ترجمة الرهائن عن الموازيَّة: لا يعرض لمن نزل بأمان، وبيده مسلم فيه وله بيعه، فإن باعه من مسلم؛ صار حرًا، واتبعه مبتاعه بالثمن، وقاله أَصْبَغ ومحمد.

الشيخ عن ابن حبيب: روى الأخوان: لو قدم بأسير طلب به فداء قريب له بيد مسلم؛ جبره الإمام على أن يأخذ فيه قيمته، ويفدي به المسلم، ولو تشطط الحربي في الأسير بقريب من القيمة أعطيه وإلا فالقيمة.

ابن سَحنون عن عبد الملك: لا يزاد على قيمته إلا الشيء القريب.

ابن سَحنون: لو قدم بأسير؛ ليفدي به زوجته وولده، فوجدهما قد أسلما أو دبرا أو عتقا إلى أجل؛ فقال مالك وابن القاسم: له رده، وقال غيرهما: يجبر على أخذه منه بالقيمة؛ ومعنى القيمة في هذه المسائل فداء مثله ليس العربي والقرشي كالأسود والمولى.

قلت له: قد فديت الأسارى الذين كانوا بسردانية على قيمتهم عبيدًا.

قال: لأنهم غير معروفين عندي من ذوي القدر.

اللخمي: لو قدم بمسلمين أحرار وعبيد؛ ففي تمكينه من الرجوع بهم ثالثها: بالذكور لا الإناث لابن القاسم وعبد الملك قائلاً: يعطي في كل مسلم أوفر قيمة، وابن سَحنون عن ابن القاسم، وسمع يحيى ابن القاسم: إن ظهر فيمن قدم من أهل الحرب لصلحٍ عبدٌ لمسلم كان أبق إليهم؛ رد إليهم دون ربه.

ابن رُشْد: إن كان كافرًا، وفي بيع المسلم عليه خلاف تقدم.

وسمع سَحنون رواية ابن القاسم: إن أسلم رسول أهل الحرب؛ رد إليهم.

ابن رُشْد: وقال ابن حبيب: لا يرد إليهم ولو شرطوه، وثالثها: إلا أن يشترطوه.

الشيخ عن ابن حبيب: إن نزل بأمان أريق ما معه من خمر، وقتل ما معه من خنازير، وغيبت جيفته، وإن طلب النزول على بقاء ذلك؛ لم ينزل عليه، فإن جهل الإمام وشرط له ذلك، فإن عثر على ذلك بحدثانه قبل أن يبيعوا؛ قيل لهم: إما نزلتم على إراقة الخمر وقتل الخنازير وإلا فانصرفوا، وإن لم يعثر على ذلك حتى باعوا بعض متاعهم، وطال لبثهم؛ جبروا على إراقة الخمر وقتل الخنازير، ولا عهد فيما خالف الكتاب والسنة.

قُلتُ: ظاهره: منعهم بيع ذلك، ولو من ذمي، وتقدم لابن نافع خلافه، فيتقرر بهما قول ابن الحاجب: لا يمكنون من بيع خمر لمسلم، والمشهور تمكينهم لغيره، ولو ظهر كون من نزل لعقد هدنة مرتدًا أو عبدًا لمسلم أو ذمي، ففي رده لمأمنه واستتابته، ورده لربه ثالثها: إن اشترط الأمان، وإن كان كما ظهر.

لابن رُشْد عن سماع يحيى ابن القاسم مع أحد قولي أشهب وابن حبيب مع روايته عن الأخوين وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ وأحد قولي أشهب، ورواية عن ابن القاسم مع دليل قول سَحنون.

قُلتُ: حكاها الشيخ عن سَحنون عن ابن القاسم جوابًا لأهل الأندلس، وله عن ابن حبيب: إن ظهر على رسول دين، أو حق لمسلم؛ حكم عليه بحكم الإسلام، وكذا فيما أحدث من زنى أو شرب خمر، أو فاحشة كمستأمن.

الشيخ: يريد ابن حبيب في غير قول ابن القاسم.

وفي كتاب ابن سَحنون: يترك الرسول في حاجته بقدر قضائها، فإن أبطأ أمر الأمير بإخراجه، ولا يبيع شيئًا إلى أجل، فإن فعل وقرب أجله؛ أمهل إليه، وإن بعد كالسنة؛ لم يترك، إن شاء وكل أو قدم إذا حل أجله، ولا يدخل إلا بأمان، فإن دخل دونه؛ لم يبح؛ لأن له شبهة، ولا يمنع الدخول إلا أن يقتضيه الإمام ويدفعه له.

سَحنون: لو رأى رسول عورة في عسكر المسلمين؛ لم يكن للإمام حبسه بعد قضاء أمره حتى يصلحها، ثم قال: إن قرب إصلاحها حبسه إليه، وقال ابنه: يحبسه إليه وإن طال، ولا يقبل يمينه أنه لا يخبر بها، وحبسه بجعل من يحرسه معه دون قيد إلا أن يحضر المسلمين قتال يخاف فيه منه فليقيده، فإن زال القتال؛ أزيل عنه، ولو نقله الإمام من محل بلوغه إلى غيره لقتال نزل؛ فعليه بعد انقضائه نفقة تبليغه إلى المحل الذي نقله منه يعطيها الإمام من تلك الغنيمة؛ لأن حبسه مصلحة لذلك الجيش، ولو أراد الرسول المقام، ورفض ما أرسل إليه؛ لم يمكن من ذلك.

ابن سَحنون عنه: لا ينزع من رسول سلاحه التي قدم بها، ولم ينزع ﷺ من عمير بن وَهْب إذ قدم بسيفه[1].

قال: ولا يغار على العدو ورسوله عندنا إن كان ذلك أمانًا عندهم وإلا أغير عليه، ولو كان رسولنا عندهم أغير عليهم إن أمن عليه، ومن نزل بنا رهنًا في فداء، فخاس راهنه، ففي رقه لمرتهنه مطلقًا، أو إن كان بالغًا، ثالثها: يباع بعد الاستيناء، ويوقف فضل ثمنه على ما رهن فيه لراهنه.

للشيخ عن سَحنون، وعن سماع يحيى ابن القاسم، وعن سماع أَصْبَغ ابن القاسم.

سَحنون: ولو رهنه على إعطاء الفدية مع إقامة الراهن والرَّهن على الجزية، فخاس الراهن؛ لم يرق الرَّهن بحال، والفدية في ذمة الرَّهن الكبير لا الصغير.

قُلتُ: هذا خلاف إرقاقه الصغار كالكبير، لا يقال: لا ذمة للصغير؛ لأنها له بدليل تعلق عدائه بهما، وإن لم يكن له مال، وعزا الشيخ سماع أَصْبَغ لابن القاسم، وهو في

---

(1) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: 56/17، رقم (117).

العتبيَّة لأشهب، ووقع ذكره في سماع أَصْبَغ ابن القاسم.

ابن رُشْد: ناقض كثير من أهل النظر سماع يحيى بسماع أَصْبَغ، وإجازتها شراءنا أولاد أهل الحرب من آبائهم الذين لا عهد لهم؛ لأن ما جاز بيعه؛ جاز رهنه، وليس كذلك، والفرق أن الحربي حاكم على ولده في بلده، فمضى حكمه عليه، والأسير لا حكم له فيه، فاعتبر رضى الرَّهن نفسه، ولا رضى لصغير.

قُلتُ: هذا جواب معارضتهم بها، فما جواب معارضتهم بسماع أَصْبَغ، وعزا الشيخ لابن حبيب الثاني قائلاً: إن بان أن الراهن مات، أو منع المجيء أطلق رهنه، وإن كان كبيرًا.

قال: وقال الأخوان وأَصْبَغ: إن كان الولد في عهد أو هدنة؛ فإنه يسترق، كان كبيرًا أو صغيرًا، خاس الأب أو لم يخس، مات أو منع؛ لأن هذا شأن الرهن.

قُلتُ: يريد: أنه رهن في الوفاء بالعهد أو الهدنة.

الشيخ: سمع عيسى: لو نزل بنا من طلب فداء زوجته بأربعة أسارى معينين يأتي بهم، فأتى بثلاثة، وقال: عجزت عن الرابع؛ أعطي زوجته أو رد عليه الثلاثة.

عيسى: بل يعطى زوجته.

الشيخ: وقاله أَصْبَغ وأبو زيد.

قال أبو زيد: وكذا لو لم يأت إلا بواحد.

محمد: إن ظن أن ذلك منه خديعة، فإن طمع أنه لا يترك زوجته؛ لم يعطها إلا بذلك أو بما هو أفضل.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم: ليس هو على ظاهره من التخيير، ومعناه: أنه لا بد من أحد الأمرين، فإن لم يصح أحدهما؛ لزم الثاني، وقول عيسى مبين ذلك؛ لأن قوله في أوله: أحب إلي رد امرأته؛ ليس على ظاهره، ومعناه: الوجوب لقوله أخيرًا: ولا ينبغي لهم غير ذلك، وهذا إن لم ينبرم العهد بينهم، وبين الرومي على المعاوضة بذلك، ولو انبرم على ذلك؛ وجب إذا تحقق عجزه عن الرابع أخذه امرأته، وغرم قيمة ربعها؛ كالاستحقاق فيمن باع أمة بأربعة أعبد، فاستحق أحدها بعد عتق الأمة، وإن لم يتحقق عجزه؛ حبست زوجته حتى يأتي بالرابع على أصولهم في أن من حق البائع أن يمسك

سلعته حتى يستوفي كل ثمنها.

قُلتُ: هذا نص منه على تبدئة المشتري بدفع الثمن، ولو نقض ذو رهن في صلح صلحه.

ورأى الإمام فسخه كان الرَّهن فيئًا، وفي جواز قتله إن كان كبيرًا عاقلاً، ولو كان شيخًا أو راهبًا.

ثالثها: ان شرط قتله لذلك حين رهنه للشيخ عن سَحنون قائلاً: إن كان صغيرًا يوم الرهن، وبالغًا يوم النقض؛ لم يقتل، ونقل ابنه عن بعض أصحابنا وعبد الملك، وفي جواز إحداث ذوي الذمة الكنائس ببلد العنوة المقر بها أهلها، وفيما اختطه المسلمون فسكنوه معهم وتركها إن كانت ثالثها: تترك ولا تحدث للخمي عن غير ابن القاسم وعن ابن الماجِشُون قائلاً: ولو كانوا منعزلين عن بلاد المسلمين، وابن القاسم قائلاً: إلا أن يكونوا أعطوا ذلك، ويجوز لهم بأرض الصلح إن لم يكن بها معهم مسلمون، وإلا ففي جوازه قولا ابن القاسم وابن الماجِشُون قائلاً: ولو شرط لهم ذلك، ويمنعون من رم قديمها إلا أن يكون شرطًا، فيوفى ويمنعون الزيادة ظاهرة أو باطنة.

وقول الطرطوشي: يمنعون من إعلاء بنائهم على بناء المسلمين.

وفي المساواة قولان، ولو اشتروا عاليًا أقر؛ إنما نقله عن الشافعيَّة كالمصوب له.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: لا يجوز لمسلم شراء ما باعه الأسقف من الديارات المحبسة على إصلاح الكنيسة لخراجهم أو لرم الكنيسة، ولا يجوز فيها حبسوه على وجه التقرب إلا ما يجوز للمسلمين.

أَصْبَغ: لا يحكم حكم المسلمين في منع بيعها ولا رده ولا الأمر به، ولا إنفاذ حبسه ولا جوازه.

ابن رُشْد: لم يجز ابن القاسم في هذه الرواية بيع ذلك لما ذكر، وأجازه في سماعه عيسى؛ والوجه أنه إن أراد من حبسها إبقاءها لصرف غلتها فيما ذكر، وأراد الأسقف بيعها لما ذكر، ورضيا بحكم الإسلام، واختار حكم الإسلام الحكم بينهم أن يحكم ببقائها، وهو معنى قول ابن القاسم: لا يجوز في أحباسهم إلا ما يجوز في أحباس المسلمين؛ لأن المحبس لو أراد أن يرجع فيها حبس لما جاز له لا يصح أن يكون ابن

القاسم أراده، كما تأول عليه أَصْبَغ؛ لأن الحبس على الكنيسة معصية.

ولو مات مستأمن ففي دفع ماله وديته إن قتل لوارثه أو لحكامهم، ثالثها: إن ثبت تعين وارثه ببينة مسلمين فالأول، وإلا فإلى طاغيتهم، ورابعها: ماله لوارثه، وديته لحكامهم، لقياس ابن القاسم فيها على قول مالك في ديته قائلاً: لكنه قال: ويعتق قاتله رقبة.

مع الشيخ عن الموازيَّة والصقلي عن سَحنون، مع البراذعي عن غير ابن القاسم، ونص المدَوَّنة عن سَحنون، والشيخ عن ابن حبيب مع نقله عن مالك وابن القاسم وأَصْبَغ، والصقلي عن الشيخ عن سَحنون.

أبو عمران: قوله: غير ابن القاسم وفاق له؛ لأن بحكامهم يعرف وارثه، وظاهر قول غيره أنه خلاف، وفسر الصقلي المذهب بقول سَحنون: إن استأمن على المقام أو طال مقامه عندنا، أو كان شأن المستأمنين المقام، أو لم يعرف حالهم، ولا ذكر رجوعًا لبلده؛ فميراثه للمسلمين.

قُلتُ: زاد في النوادر عنه: إن قدم بذرية على الرجوع، أو كان شأنهم، فما ردت ذريته وماله لبلده وإلا فلا.

ابن بشير: إن استأمن على دوام إقامته؛ فميراثه للمسلمين إن لم يكن معه وارث، وإن استأمن على رجوعه بانقضاء أربه؛ فماله لأهل الكفر، وفي رده لوارثه أو لحكامهم قولان، ولعله خلاف في حال إن استقل لنا حقيقة توريثهم دفع لوارثه وإلا فلحكامهم، وإن استأمن مطلقًا، فإن كان لأمثالهم عادة في الإقامة أو الرجوع ؛حكم بها وإلا ففي الحكم بمقتضى الرجوع أو الإقامة قولان.

عبد الحق عن محمد: ودية المستأمن خمسمائة دينار.

قال: إنما ذكرته؛ لأن لإسماعيل في ديته غير ذلك، والصواب الأول.

ابن حبيب: إن غنم جيش وارثه قبل قبضه إرثه؛ فهو فيء له.

الصقلي عن محمد عن ابن القاسم وأَصْبَغ: حكم ماله عندنا في موته ببلده كموته عندنا، وماله في موته بعد أسره لمن أسره، وعزاه ابن عبدوس.

لعبد الملك أيضًا: ومن له عليه دين في كونه أحق بماله يذكر في الغنيمة إن شاء الله

تعالى، ولو قتل في المعركة، ففي كونه لوارثه أو فيئًا؛ لا يخمس نقلا الشيخ عن محمد وابن حبيب، مع نقله عن ابن القاسم وأَصْبَغ.

قُلتُ: الأول سماع يحيى ابن القاسم.

ابن الحاجب: لو ترك وديعة؛ فهي له، فإن قتل أو أسر، فثالثها: إن قتل كانت فيئًا، ورابعها: عكسه.

ابن عبد السلام: الأول أنه فيء قتل أو أسر، والثاني لوارثه في الوجهين، والثالث فيء في القتل وميراث في الأسر، والرابع عكسه.

قُلتُ: لا أعرف في أسره خلافًا أنه لمن أسره وتفسيره كونه لوارثه في الأسر لا يعقل؛ لأنه إن أراد أنه لوارثه بعد موته أسيرًا فغير صحيح؛ لأنه عبد مات، وكل عبد مات؛ فماله لمالكه لا لوارثه، وإن أراد قبل موته فأبعد، والثالث كذلك، وتفسيرها ابن هارون بقوله: الأول أنها له إن أسر، ولوارثه إن قتل، والثاني فيء فيهما، والثالث: له إن أسر وفيء إن قتل، والرابع عكسه صواب.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن بيع مستأمن غنم بعد رجوعه لأرضه كان ترك بأرض الإسلام وديعة؛ فهي فيء للمسلمين بأخذهم إياه، ومال العبد لبائعه إن لم يشترطه مبتاعه، وكذا إن قتل بعد أسره، ولو قتل في المعركة دون أسر؛ فهي لوارثه.

ابن رُشْد: معنى قوله: (هي فيء)؛ أنها غنيمة تخمس، ويجري فيها السهام، قاله ابن حبيب، وحكاه عن ابن الماجِشُون وأَصْبَغ وابن القاسم، وهو بينٌ قائمٌ من قوله في الكتاب.

وحمل فضلٌ قول ابن القاسم على ظاهره: أنه لا يخمس، وهو بعيد في المعنى، وإن قتل مستأمن مسلمًا أو ذميًا عمدًا؛ قتل به.

وفي كون الدية في خطئه على عاقلته متى قدر عليها، أو في ماله إن كان مليًا وذمته إن كان عديمًا نقلا الشيخ عن الموازيَّة مع أشهب قائلًا: إن عجز عن عاقلته؛ فعليه قدر مصابه منها معهم.

وسَحنون قائلًا: لأن العواقل ثلاث عشيرة الجاني وأهلي جزية النصراني وبيت المال لمن لا عشيرة له؛ لأنها وارثه، والمستأمن ليس كذلك، وعزاه الصقلي لابن القاسم

قائلاً: يمنع الرجوع لبلده قبل دفعها، وفي حده لقذفه، وقطعه لسرقة من مسلم أو ذمي، وقطع من سرق منه نقلا الشيخ عن ابن القاسم مع عبد الملك وأشهب قائلاً: يؤدب في القذف.

محمد: إن نزل مستأمن بأهله وولده؛ جاز شراء صغار بنيه منه لا زوجته ولا كبير ابنه ولا ابنته التي وليت نفسها إلا برضاهما؛ لأن نزولهم معه بالأمان نزول واحد.

قُلتُ: ظاهر قولها: إن نزل بنا من لا عهد له ببلده، فلنا أن نشتري منهم الأبناء والآباء والنساء وأمهات الأولاد، وليس نزولهم على التجارة ببلدنا بعهد، ثم ينصرفون؛ كالعهد الجاري لهم ببلدهم؛ بل هو كدخولنا لهم بتجارة بعهد فلنا شراؤهم منهم هنالك خلافه.

وفي الموازيَّة: المعاهد سنتين أو ثلاثًا في ولده وزوجته كمستأمن نزل بهم.

قُلتُ: ظاهره: جواز شراء ولده الصغير لا الكبير ولا الزوجة.

وظاهر قولها: لو صالحنا قوم على مائة رأس كل عام؛ لم ينبغ أن نأخذ منهم أبناءهم ونساءهم؛ إذ لهم من العهد ما لآبائهم إلا أن يكون الصلح لسنة أو سنتين، فيجوز أخذهم منهم خلافه.

زاد الصقلي عقب لفظها، وأباه أشهب، وعزاه اللخمي لكتاب ابن حبيب.

وفي الموازيَّة معها: من صالحنا لغير أمد؛ لم يجز لمن قدم منهم بيع أولادهم لدخولهم في الصلح.

التونسي: إنما جاز في عهدهم سنتين أخذ صغارهم لاختصاصه بكبارهم، وعدم بلوغ صغارهم إياه، ويدخلون في العهد البعيد؛ لبلوغهم قبل انقضائه، ولو كانوا لا يبلغون قبله؛ جاز أخذهم، وفي أخذ نسائهم إشكال إلا أن يكون العهد؛ إنما هو للرجال، كما لو صالحنا بطريقٌ على أن يفعل ببلده ما أراد؛ لجاز أخذ ما أعطانا من أهل مملكته.

الشيخ عن محمد عن أشهب: إن نزلت كافرة بأمان قالت لها: زوج أولًا؛ فلها تزويج مسلم بعد ثلاث حيض من آخر وطئة وطئت تصدق فيهن، فإن قدم زوجها قبل تمامها؛ كان أحق بها ما لم تسلم إلا أن يسلم قبل تمامها.

قُلتُ: ظاهرها قبل تمامها من آخر وطئة لا من يوم أسلمت.

ابن حبيب عن أَصْبَغ: لا يتزوجها مسلم بذلك إلا أن تنزل على دوام الإقامة.

قُلتُ: جعل أشهب تزويجها التزامًا لدوامها.

وفي كتاب ابن سَحنون: لو تزوج مسلم، أو من أسلم بدار الحرب حربية، خرج بها؛ فهي حرة ذمية لا رجعة له لأرضها.

قُلتُ: على قول أَصْبَغ: لها الرجوع إن خرجت من عصمته؛ لعدم جعله زواجها بأرضنا التزامًا لدوام الإقامة فيه، ولو قال: أخرجتها كرهًا، وأنكرت؛ لم يسترقها إلا ببينة مسلمين، ولا نكاح بينهما لإقراره أنها ملكه، وللإمام إقرارها على الذمة أو ردها.

[باب ما ملك من مال كافر]

ما ملك من مال الكافر غنيمة ومختص وفيء، وقول ابن الحاجب: الأموال غنيمة وفيء يبطل بالمختص.

فالغنيمة ما كان بقتال أو بحيث يقاتل عليه، ولازمه تخميسه، فما أخذ بقتال الأحرار الذكور البالغين واضح[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما كان بقتال)؛ أي: ما ملك بقتال احترز به مما ملك بشراء أو هبة أو غير ذلك.

قوله: (أو بحيث يقاتل عليه)؛ ليدخل به ما انجلى عنه أهله بعد نزول الجيش.

قال: وأما ما انجلى عنه أهله؛ فإما أن يكون بعد نزول الجيش أو قبله، فإن كان بعد نزول الجيش؛ فهو غنيمة، وما انجلى عنه قبل خروج الجيش؛ فهو فيء.

قال: والمختص بآخذه معناه، والمال المأخوذ من كافر المسمى بالمختص بآخذه، ولا يسمى غنيمة، ولا فيئًا.

(ما أخذ من مال حربي غير مؤمن دون علمه، أو كرهًا دون صلح، ولا قتال مسلم، ولا قصد بخروجه إليه مطلقًا على رأي أو بزيادة من أحرار الذكور البالغين على رأي).

قوله: (ما أخذ من مال حربي)؛ جنس يشمل الغنيمة، وغيرها مما صولح عليه أهل الحرب، وقوله: (غير مؤمن)؛ ليخرج به ما أخذ من المستأمن.

قوله: (دون علمه)، احترز به مما وهبه الحربي.

قوله: (أو كرها)؛ يعم الصلح وغيره، فأخرج ما أخذ من الصلح بقوله: (دون صلح).

قوله: (ولا قتال)؛ أخرج الغنيمة؛ لأنها لأجل قتال.

=

وروى محمد وغيره: ما أخذ من حيث يقاتل عليه، كما بقرب قراهم، كما قوتل عليه.

اللخمي: ما انجلى عنه أهله بعد نزول الجيش في كونه غنيمة له، أو فيئًا لا شيء له فيه قولان، بناءً على اعتبار سببية نزول الجيش، أو عدم ممانعة العدو.

قال: وقيل: خروج الجيش فيء.

قُلتُ: وبعده وقبل نزوله يتعارض فيه مفهومًا نقله.

قال: ويختلف في خراج أرضهم، وما أخذ عن مصالحتهم بعد النزول، وقبل الخروج إليهم كما أجلوا عنه فيهما.

وما يؤدونه كل عام كخراج أرضهم، وفي تخميس ما غنمه العبيد بإيجاف من أرض الإسلام قولان.

قال: ويختلف في تخميس أنصبائهم، وإن كانوا مع جيش بتقويهم بهم؛ حصلت

قوله: (ولا قصده) إلخ؛ أخرج به إذا كان المال بحيث يقاتل عليه، فإذا قصد القتال، أو انجلى أهل المال؛ فلا يختص بآخذه؛ لأنه من الغنيمة، فأخرجه بذلك كما تقدم.

ومثال المختص بآخذه الداخل في حده: ما هرب به أسير أو تاجر، أو من أسلم بدار الحرب، وخرج بماله أو ما غنمه الذميون، وقوله: (مطلقًا على رأي)؛ أشار إلى الخلاف، فإن ما أخذه من أموال الكفار المحاربين الأحرار الذكور البالغين غنيمة بلا خلاف، وما غنمه أهل الذمة مختص بهم، وما غنمه العبيد والنساء والصبيان، قيل: لا يكون غنيمة، ويختص بهم، وقيل: يخمس، فكان الشيخ: يقول: إن أطلقت في الحد حتى يدخل الخلاف، ويكون الحد الأعم من الشاذ، والمشهور تركت الإطلاق ولا تقييد وإلا قيدت ذلك بزيادة من أحرار الذكور البالغين، فعلى الإطلاق يخمس ما قاتل عليه العبد أو المرأة على قول، ولا يدخل، وعلى قول: لا يخمس، ويختص بأخذه، وعلى التقييد يكون خاصًا به، ويصدق عليه المختص، كما يصدق على ما غنمه الذمي.

قال الشيخ: فلا يدخل في المختص الركاز، (فإن قلت): فبأي قيد يخرج مال الركاز، وأنه لا يسمى مختصًا بأخذه؛ بل يخمس وحكمه حكم الفيء.

(قُلتُ): لعله يخرج من قوله: من مال حربي؛ لأن الركاز مال من دفن الجاهلية ولا مالك له، وهذا مال أخذ من حربي حائز له، (فإن قلت): قد تقدم في الركاز مواضع يكون فيها لآخذه وواجده، ولا يخمس، (فيقال): قد وجد مال مختص بأخذه من حربي لا مال مختص بأخذه مطلقًا، وفي هذا الجواب نظر؛ لأن المعرف لا يصح الإخراج به، وتقدم للشيخ بحثه في المطلق.

الغنيمة.

قُلتُ: أنصباؤهم؛ إنما هي بعد القسم، والقسم بعد التخميس، فلو خمست؛ خمست مرتين.

قال: ويختلف في تخميس ما انفرد النساء والصبيان بغنيمة قتالهم.

قُلتُ: سمع عيسى ابن القاسم: لا يخمس ما خرج به عبد أبق لدار الحرب من رقيق استألفهم أو تاجرًا، ومن أسلم بدار الحرب، وتقدم الخلاف فيما خرج به الأسير.

وسمع يحيى ابن القاسم: يخمس ما أصاب العبد المتلصص من قرى العدو لا الآبق لأرض العدو، ويخرج منها بشيء؛ لأن الخمس إنما هو فيما تعمد بخروج لإصابته، وأوجف عليه بخيل أو ركاب.

ابن رُشْد: في تخميس ما غنمه العبد قولا ابن القاسم، وأَصْبَغ مع سَحنون بناءً على دخوله في خطاب: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ﴾ كالحر أولًا.

ابن رُشْد: قول ابن لبابة: العنوة قسمان؛ ما كان منها بقتال خمس، وما كان منها دونه فهو فيء لا يخمس كالصلح؛ بعيد.

وما لحربي غنم من مال أو وديعة بأرض الإسلام غنيمة في تخميسه خلاف ما تقدم.

وسمع عيسى وأَصْبَغ ابن القاسم: غرماؤه أحق به ممن غنمه، وهو أحق منهم بما أوجف عليه بخيل أو ركاب.

ابن رُشْد: لأن غرماءه إنما عاملوه على ماله الذي ببلد الإسلام لا على الذي ببلد الحرب، ولا يعارض بقولها في التفليس: من ارتد وهرب بماله فغنم؛ غرماؤه أحق بماله؛ لأنهم عليه عاملوه، فلم يسقط حقهم بهروبه، ولو هرب دون مال، واكتسب بدار الحرب مالًا؛ فلا حق لهم فيه.

ولو هرب المستأمن بالمال الذي داينوه به، وعلم أنه بعينه كانوا أحق به ممن غنمه، وبقية مال المرتد لمن غنمه لا للمسلمين كمال المرتد؛ لأنه مال مسلم مجهول وجد في المغانم.

أَصْبَغ: قيل لأشهب: ما أصابه المسلمون من عدو خرج على المسلمين، فهزمه الله

دون قتال، هل يخمس، أو هو فيء، أو لكل إنسان ما أخذه؟.

قال: هذا لا يكون، ولو كان؛ لكان غنيمة يخمس ويقسم.

ابن رُشْد: أبعد انهزامهم دون هازم لهم، وهو ممكن كموت رئيسهم، فيتشتت أمرهم، ويرون سوادًا يظنونه جيش إسلام، فيفرون متفرقين ملقين أمتعتهم وأموالهم، فما أصيب منهم فيء لا يخمس، ولو نزلوا بثغر مسلمين، فانهزموا دون قتال؛ لتداعي المسلمين عليهم؛ فغنموهم لخمسوا، وكان سائرهم لأهل المكان الذي تداعى في النفير إليهم؛ لأنهم بهم انهزموا، قاله ابن حبيب في الواضحة، وهو صحيح.

والمختص بأخذه: ما أخذ من مال حربي غير مؤمن دون علمه، وكرهًا دون صلح، ولا قتال مسلم ولا قصده بخروج إليه مطلقًا على رأي، أو بزيادة من أحرار الذكور البالغين على رأي، كما هرب به أسير، أو تاجر، أو من أسلم بدار الحرب، أو ما غنمه الذميون، وفيما غنمه العبيد والنساء والصبيان خلاف تقدم؛ فلا يدخل الركاز.

[باب الفيء]

والفيء ما سواهما منه. فيها: خراج الأرضين والجزية، وما افتتح من أرض بصلح، وخمس غنيمة أو ركاز فيء (1).

(1) قال الرَّصاع: قال الشيخ: والفيء ما سواهما منه هذا رسم للفيء، وهو المأخوذ من مال كافر مما سوى الغنيمة، وسوى المختص بأخذه المحدودين، فلا يرد الركاز المذكور على حد الفيء لما قدمناه، فتأمله، وتأمل بأي شيء تخرج من حد الفيء على ما ذكر الهبة وغيرها فيه ما لا يخفى من البحث يذكر إن شاء الله تعالى.

تنبيهات: يذيل بها على ما ذكره: في الأقسام الثلاثة مما أخذ من مال الحربي.

* **الأول**: قوله في التقسيم: ما ملك من مال الكافر إما غنيمة أو مختص أو فيء ترد فيه أسئلة.

(الأول): أن يقال لأي شيء أَخَّرَ الكلام على الفيء وحقه تقديمه؛ لأنه وقع في القرآن، فيقدمه تبركًا، كما قدم الغنيمة، ويؤكد السؤال ما أشار إليه الشيخ ابن عبد السلام هنا في كلام ابن الحاجب حيث قال في رسم الفيء: والفيء ما لم يوجب عليه قال: إنما قال ذلك، ولم يقل: والفيء ما لم يقاتلوا عليه، كما قال في قسيمه؛ تبركًا بالقرآن، وهذا يدل على اعتبار ذلك في كثير من المسائل يأتي فيها.

الشيخ: في رسمه بما يناسب مما وقع في الكتاب أو السنة مثل قوله في حد الجهاد: القتال إلخ.

(والجواب): أن نقول: إنما أخره؛ لأن خاصته لما كانت فيها نفي لخاصة الغنيمة، والمختص أخر ذلك

بعد تعريفهما وهو ظاهر.
(السؤال الثاني): أن التقسيم يرد عليه أن الذي ملك من ذمي لا يصدق عليه واحد من الثلاث، وهو ما أخذ من الكافر، وقد حصر فيها ما ذكر على وجه منع الخلو فهي غير صادقة.
(والجواب): أن الكافر المذكور اللام فيه للعهد، وهو المذكور في الرسم الموصوف بصفته من كونه غير ذي عهد.
(السؤال الثالث): إن سلمنا العهد المذكور في الرسم، وهو الكافر غير ذي عهد فما أخذه مسلم من حربي بهبة أو صدقة، يرد فيه ما ذكرناه أولاً عدم الصدق في القضية المانعة الخلو.
(والجواب): أن السياق دل على قيد لا بد منه؛ وهو القهرية، فالتقدير ما ملك من مال الكافر قهرًا، وذلك شامل للغنيمة والفيء، وللمختص لا يقال: إن المختص قد يكون في المأخوذ دون علم الحربي، وما كان دون علمه؛ فلا قهر فيه؛ لأنا نقول المراد بالقهر: ما لا قدرة على دفعه سواء علم به أو لم يعلم.
* **الثاني:** مما يدل به أن الشيخ لون التعبير؛ فقال في محل التقسيم: ما ملك، وقال في جنس بعض الأقسام: ما أخذ، وقال: ما كان وهلاً، قال في الجميع: ما ملك أو ما أخذ.
(قُلتُ): أما المقسم المعبر عنه بما ملك؛ فهو جنس فيه تصريح بأن ذلك ملك حقيقي، ويشهد فيه بالملك الذي يقتضي استحقاق التصرف فيه بجميع خواصه، وقد قال سَحنون وغيره: إن من علم شراء من غنيمة يشهد للمشتري فيه بالملك؛ لأن الغنيمة مملوكة لغانميها فتصريحه بالملك فيه فائدة شرعية، وأما التعبير بقوله: ما كان أي ما وجد فيه الملك بقتال؛ فهو يرجع إلى الأول، ولو قال: ما ملك بقتال لصح، وهما متقاربان، وأما التعبير بقوله: ما أخذ في المختص؛ فإنما قال ذلك؛ لأنه لما علم الملك في المختص ضرورة أنه أخص من المقسم ذكر الأخذ فيه؛ لأنه لما قال في المحدود: المختص بأخذه ناسب ذلك أن يقول: ما أخذ، وفيه أيضًا الملك.
* **التذييل الثالث:** قوله: والفيء ما سواهما تقدم معناه أن الفيء غير الغنيمة، وغير المختص مما ملك من مال حربي، فيقال: يرد على ذلك أيضًا: أن من أخذ من مال حربي شيئًا ملكه بهبة منه أن يكون فيئًا، وليس كذلك؛ فالرسم غير مانع.
(والجواب): أن نقول: قد قدمنا في القسم الجامع للأقسام الثلاثة أنه مقيد بالقهرية، وإذا تم ذلك كانت القهرية موجودة في كل أخص من أقسامه ضرورة، وإذا صح ذلك؛ فلا ترد الصورة المذكورة، ولا يعارض ما ذكرناه من القيد المأخوذ في المقسم ذكره قوله: أو كرهًا في رسم المختص وإذا تأملته؛ لأنه إنما ذكره ليخرج به ما ذكرناه؛ ولذا قيده بها رأيت والله سبحانه أعلم، وبه التوفيق.
* **التذييل الرابع:** الشيخ: قال في رسم الغنيمة: ما كان بقتال أو بحيث يقاتل عليه، فيرد عليه أنه ذكر القتال في الغنيمة، وذكر السبب فيها، وقد قالوا: إن القتال لأجل الغنيمة مانع من الشهادة؛ ولذا قال الشيخ ابن عبد السلام: في قول ابن الحاجب: الغنيمة ما قوتلوا عليه قال: يريد أنه لم يكن لها سبب في الأخذ إلا القتال، قال وربما تعقب على المؤلف تفسير الغنيمة بذلك؛ لأن القتال لأجل الغنيمة مانع من الشهادة؛ فلذلك قال بعضهم: ما حصل في أيدي المسلمين من أموال الكفار على سبيل القهر بالخيل والركاب انتهى؛ معناه: وهذا الإيراد بعينه يرد على تلميذه: مع أنه الظن به أنه قد آورده، ويمكن

الشيخ: زاد ابن حبيب: وما صولح عليه أهل الحرب، وما أخذ من تجرهم، وتجر الذميين.

قُلتُ: وعزاه في باب آخر لمحمد عن ابن القاسم.

ابن بشير: في قسم الفيء على التسوية أو التفضيل، ثالث أقوال المذهب: تخيير الإمام فيهما.

وفيها: أيسوي بين الناس فيه؟.

قال: قال مالك: يفضل بعضهم على بعض، ويبدأ بأهل الحاجة حتى يغنوا، وأهل كل بلدة افتتحوها عنوة أو صلحًا أحق به إلا أن تنزل بقوم حاجة، فينقل إليهم منها بعد إعطاء أهلها ما يغنيهم على وجه النظر.

قال ابن حبيب: مال الله الذي جعله رزقًا لعباده مالان: زكاة لأصناف معينة، وفيء ساوى فيه بين الغني والفقير.

قُلتُ: يريد: في مجرد الأخذ لا في معيته أي باعتبار الزمن.

قال: وقاله مالك وأصحابه.

روى مُطَرِّف: يعطي الإمام أقرباء رسول الله ﷺ قدر ما يرى من كثرة المال وقلته، وكان عمر بن عبد العزيز يخص ولد فاطمة ﵄ كل عام باثني عشر ألف دينار سوى ما يعطي غيرهم من ذوي القربى.

الجواب أن نقول عبارة الشيخ: لا يرد عليها ما أورد على كلام ابن الحاجب.

والفرق بينهما أن عبارة الشيخ قال فيها: ما كان بقتال وظاهر؛ أن معناها ما كان من مال حربي بسبب قتال، فالذي أفاده السبب أن وجود ملك المال بسبب القتال، وهل القتال إنما كان لذلك وحده أو كان القتال لإعلاء الكلمة، ونشأ عنه أخذ المال الأمر أعم من ذلك، والأعم لا إشعار له بأخصه المعين الذي الإشكال عليه، فلا اعتراض عليه، وكلام ابن الحاجب ظاهر معناه في قوله: مال الغنيمة ما قوتلوا عليه أن قتاله إنما كان لأجل الغنيمة، ولقائل أن يقول إن بحث.

الشيخ ابن عبد السلام: غير مسلم، ولا يرد على ابن الحاجب ما ذكر؛ لأنه قال: الغنيمة ما قوتلوا عليه، وليس معناه ما ذكر؛ بل معناه المال المقاتل عليه، وأفاد ذلك أن المال إنما حصل بالقتال، وهل كان قصد القتال لأخذه، أو كان القتال لإعلاء كلمة الله، ونشأ عنه الأخذ، وهو غير مقصود وهو معنى ما قررنا في كلام الشيخ، فعلى هذا لا يرد ما ذكره، والله سبحانه أعلم، وهو الموفق للصواب.

ابن حبيب: سيرة أئمة العدل في الفيء وشبهه؛ أن يبدأ بسد خلل البلد الذي جبي منه أو أفيء منه وسد حصونه، والزيادة في كراعه وسلاحه، ويقطع منه رزق عماله وقضاته ومؤذنيه، ولمن ولي شيئًا من مصالح المسلمين، ثم يخرج عطاء المقاتلة، ثم للعيال والذرية.

قُلتُ: ظاهره: تبدئة العمال على المقاتلة، ويأتي لابن عبد الحكم عكسه، وهو الصواب.

قال ابن حبيب: ثم سائر المسلمين، ويبدأ الفقير على الغني، فما فضل رفعه لبيت المال يقسمه، فيبدأ فيه بمثل ما بدأ به في البلد الذي أخذ فيه، وإن لم يعم الفقراء والأغنياء آثر الفقير إلا أن تنزل ببلد شدة، وليس عندهم ما يذهبها، فليعطف عليهم من غيرها بقدر ما يراه، وإن اتسع المال أبقى منه في بيت المال لما يعرو من نوائبهم، وبناء المساجد والقناطر، وفك أسير، وغزو وقضاء دين، وموته في عقل جرح، وتزويج عازب، وإعانة حاج.

اللخمي: إن كان المال من أرض صلح؛ لم يصرف في إصلاح ذلك البلد؛ لأنه ملك لأهل الكفر، وإن كان بين أظهرهم مسلمون فقراء أعطوا منه.

ابن عبد الحكم: يبدأ في الفيء الذي يصير في بيت المال بإعطاء المقاتلين من جميع البلدان يعد فيهم من بلغ خمسة عشر سنة ما يحتاجون في العام، ويفاضل بينهم على قدر الثغر وبعده، ثم النساء والذرية والزمناء بقوام عامهم.

التونسي: قول ابن عبد الحكم: يقسم بين الغني والفقير بالسوية؛ كإرث بين وارثين غني وفقير ليس بينا.

الشيخ عن ابن حبيب: والأعراب والبوادي كالذرية، وما فضل عم به المسلمين، فقيرهم وغنيهم، الرجال والنساء والذرية، وإن قل آثر الفقراء بعد أن يقيم منه ما يحتاج من مصالح المسلمين.

وفيها: لمالك: يبدأ في الفيء بالفقراء، فما بقي كان بين الناس بالسوية إلا أن يرى الإمام حبسه لنوائب الإسلام.

ابن القاسم: وعربيهم ومولاهم سواء؛ لأن مالكًا حدث أن عمر خطب، فقال:

إني عملت عملًا، وعمل صاحبي عملًا، وإن بقيت لقابل لألحقن أسفل الناس بأعلاهم، ما من أحد إلا له في هذا المال حق أعطيه أو منعه، ولو كان راعيًا أو راعية بعدن، فأعجب مالكًا هذا الحديث.

ابن حبيب: إن أصاب الأعراب سنةٌ؛ فلا بأس أن يغنيهم منه، وفعله عمر ﵁.

ابن حبيب: روى مالك عن ابن شهاب: كان ﷺ يأخذ مما أفاء الله عليه نفقته ونفقة أهله سنة، ويسلم ما بقي للمسلمين[1].

وعن ابن شهاب: قدم أبو عبيدة عليه ﷺ بجزية مجوس البحرين، قتادة: وهو ثمانون ألفًا.

ابن حبيب: وهو أكثر مال قدم به عليه ﷺ.

قال قتادة: فصبه على حصير ففرقه، فما حرم منه سائلًا، وجاء العباس فقال: خذ، فجعل يحثي في حجره حتى عجز عن حمله، وقال: هذا خير مما أخذ منا.

الشيخ: رأيت في غير كتاب ابن حبيب: فاستعان بمن يعينه على القيام، فنهاهم ﷺ حتى نقص منه حتى قوي على النهوض به.

ابن حبيب: سأله ﷺ حكيم بن حزام أن يعطيه من فتح فيء فأعطاه، ثم سأله فأعطاه، ثم سأله فقال: **«خير لأحدكم أن لا يأخذ من أحد شيئًا. قال: ولا منك يا رسول الله. قال: ولا مني»**[2]، وكان عمر يعرض عليه العطاء فلا يأخذه.

قُلتُ: فيما كان عمر يدعو حكيم بن حزام ليعطيه عطاءً، فيأبى ذلك حكيم ويقول: تركته على عهد من هو خير منك؛ يريد النبي ﷺ، فيقول عمر: أشهدكم عليه.

وروى مسلم عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ كان يعطي عمر بن الخطاب العطاء فيقول عمر: أعطه يا رسول الله من هو أفقر إليه مني، فقال له رسول الله ﷺ: **«خذه فتمول به أو تصدق به، وما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا**

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2963)، باب في صفايا رسول الله ﷺ من الأموال، والترمذي: رقم (1719).

(2) أخرجه مالك في الموطأ: 2 / 998 في الصدقة، باب ما جاء في التعفف عن المسألة.

سائل؛ فخذه وما لا فلا تتبعه نفسك».

قال سالم: فمن أجل ذلك كان عمر لا يسأل أحدًا شيئًا ولا يرد شيئًا أعطيه[1].

ابن حبيب: لما ولي أبو بكر قال: من كان له من رسول الله ﷺ وعد فليأتني، فقال جابر بن عبد الله: قال لي ﷺ: **«إن جاءني من مال اليمن أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا وحفن بيده»**، فلما جاء مال اليمن أعطاه أبو بكر، فحفن له ملء يديه، ثم قال له: عدها، فوجدها خمسمائة فزاده ألفًا، وقدم عليه جملان من مال اليمامة، فما أمسى حتى فرقه جمع المهاجرين والأنصار وأبناء السبيل والمساكين، فيحثي بيديه من المال في ثوب أحدهم حتى فرغ، وكان يساوي بين الناس في القسم.

قال غير ابن حبيب: ولم يكن يكثر في أيامه.

ابن حبيب: لما ولي أبو بكر حضر السوق فقيل له: بالناس إلى نظرك حاجة.

قال: فمن يسعى على عيالي.

قيل: خذ من بيت المال، وفرضوا له درهمين كل يوم، ثم وضع ماله في بيت المال، ومات ولم يستوعبه.

وفي رواية: قالت عائشة: فربح المسلمون على أبي، ولم يربحوا على أحد بعده.

قال: وفضل عمر بين الناس في العطاء.

يحيى بن سعيد: بلغت المغانم يوم جلولاء ثلاثين ألف ألف، بعث سعد بن أبي وقاص خمسها إلى عمر فاستكثره، فصب في المسجد، وغطاه بالمسوح والأنطاع، وبات عليه علي بن أبي طالب، وعثمان، وطلحة، والزبير، وعبد الرحمن بن عوف، وعبد الله بن أرقم خازن عمر على مال المسلمين، فلما أصبح عمر دعا بالناس، ثم كشف عنه، فإذا فيه حلي وجوهر وتيجان، فلما أصابتها الشمس التهبت، فحمد الله عمر والمسلمون حمدًا كثيرًا، وفرح المسلمون، واشتد بكاء عمر، فقال عبد الرحمن بن عوف:

---

(1) أخرجه البخاري: 2/536، كتاب الجنائز، باب من أعطاه الله شيئًا من غير مسألة ولا إشراف نفس، رقم (1404)، ومسلم: 2/723، كتاب الزكاة، باب إباحة الأخذ لمن أعطى من غير مسألة، ولا إشراف رقم (1045).

يا أمير المؤمنين ليس هذا حين بكاء.

قُلتُ: زاد في الرواية: إنما هو يوم شكر.

ابن حبيب معها: وقال عمر: والله ما فتح هذا على قوم إلا قطعوا أرحامهم، وسفكوا دماءهم، ووقعت العداوة بينهم.

قُلتُ: لعله تفرس نتيجة زهده، أو أخذه من قول رسول الله ﷺ حين قدم عليه أبو عبيدة بجزية مجوس البحرين: **«والله ما أخاف عليكم الفقر، ولكني أخاف عليكم الغنى أن تبسط لكم الدنيا كما انبسطت لمن كان قبلكم، فتنافسوا فيها، فتهلككم كما أهلكتهم»**(1).

قال ابن حبيب: وكان في المال تاج كسرى وسواراه وفروه، فدعا عمر سراقة بن جعشم، وكان طويلًا طويل الشعر، فألبسه فرو كسرى، ووضع تاجه على رأسه وسواريه في يديه، ثم قال: اللّهم لك الحمد أنت سلبت هذا كسرى وألبسته سراقة، اللّهم منعت هذا نبيك إكرامًا له، وفتحته علي لتسألني عنه، اللّهم قني شره، واجعلني أنفقه في حقه، وأمر سراقة، فنبذ ذلك في المال، فما برح حتى لم يبق منه شيء.

قال مالك: كان عمر ﷺ: لا يأتيه مال إلا أظهره، ولا رسول إلا نزله، وكان يقسم للنساء حتى إن كان ليعطيهن المسك والورس.

قال حذيفة: لم يزل أمركم ينمو صعدًا ما كان عليكم خياركم، وكان عمر يستجيد الحلل الرفيعة بخمسمائة إلى ألفين يكسوها الصحابة، ويلبس الخشن المرقع، فخرج الحسن والحسين إلى المسجد وعمر جالس ولم يلبساها، فقال: لم لا تلبسانها؟ فقالا: كبرت علينا يا أمير، فاغتم وأسرع بكتاب إلى عامل اليمن يستحثه في حلتين على قدرهما، فبعث بهما، فكساهما ذلك، وجعل عطاءهما مثل عطاء أبيهما.

ابن حبيب: الحلة رداء ومئزر، ورداء وجبة، لا ثوب واحد.

قال: ولما كثر المال دون للعطاء ديوانًا فاضل فيه بين الناس، أمر شباب قريش

(1) أخرجه البخاري: 3/1152، في باب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب، رقم: 2988، ومسلم: 4/2273، في الزهد والرقائق، رقم: 2961.

بتدوينه، فكتبوا بني هاشم، ثم الصديق وقومه، ثم عمر وقومه، فلما نظره قال: ابدؤوا بقرابته ﷺ، ثم بالأقرب فالأقرب منه حتى تضعوا عمر حيث وضعه الله، وابدؤوا من الأنصار بسعد بن معاذ، والأقرب فالأقرب منه، فقال العباس: وصلتك رحم يا أمير المؤمنين، فقال له: يا أبا الفضل: لولا رسول الله ﷺ ومكانه الذي وضعه الله به كنا كغيرنا من العرب، إنما تقدمنا بمكاننا منه، فإن لم نعرف لأهل القرابة منه قرابتهم لم تعرف لنا قرابتنا، وقال لأهل مشورته: أشيروا علي، أريد أن أفاضل بين الناس، فقالوا: اذكر ما تريد، فإن كان حسنًا تابعناك، وإلا أعلمناك برأينا.

قال: أبدأ بأزواجه ﷺ، فأفرض لكل واحدة اثني عشر ألف درهم إلا صفية وجويرية أفرض لكل واحدة منهما شطر ذلك، ولكل رجل من آله ﷺ اثني عشر ألفًا، ولكل رجل من المهاجرين صلبية وحلفًا ومولىً خمسة آلاف، وأنا رجل منهم في الفرض، وأفرض لأهل بدر من قريش وغيرهم صلبية وحلفًا ومولى مثل ذلك.

قُلتُ: كل قرشي بدري مهاجر؛ فيكون له عطاءان، وأفرض للأنصار صلبية وحلفًا ومولى لكل رجل أربعة آلاف، ثم أفرض للناس بقدر منازلهم في الإسلام أجعل أكثرهم حظًا أكثرهم قرآنا وعلمًا، وأحسنهم حالًا، فلم ينكروا من رأيه شيئًا، وفرض لصهيب خمسة آلاف، ولسلمان أربعة آلاف، ولابنه عبد الله ثلاث آلاف، ولأسامة بن زيد ثلاثة آلاف وخمسمائة، فقال ابنه: ليس أسامة أقدم مني إسلامًا، ولا شهد ما شهدت، فقال عمر: كان أحب إلى رسول الله ﷺ منك، وأبوه أحب إليه من أبيك، وفرض لأبناء شهداء بدر وأحد ثلاثة آلاف لكل رجل، ولكل من مهاجرة الفتح ألفين، ثم فرض للقبائل على قدر منازلهم في الإسلام حتى فرض لربيعة العراق ثلاثمائة لعربيهم، ومائتين وخمسين لمولاهم؛ لأن عربهم سبقوا إلى الإسلام.

قال: فقالت ربيعة: جعلتنا أوضع العرب فريضة.

قال: كنتم آخر العرب إسلامًا، وأسلمتم في داركم، ولم تهاجروا، وفرض للمنفوس مائة درهم في السنة، وفرض للعيال لكل ذكر وأنثى جريبتين من بر في كل شهر، وقسطين من زيت، وقسطين من خل، ومائة درهم كل سنة.

ابن حبيب: الجريب: قفيز بالقرطبي.

قُلتُ: فيها: لابن القاسم: قال مالك: مر عمر ﷺ ليلة، فسمع صبيًا يبكي، فقال لأهله: ما لكم لا ترضعونه، فقالوا: إن عمر لا يفرض للمنفوس حتى يفطم ففطمناه، فولى عمر قائلًا: كدت والله أن أقتله، ففرض للمنفوس من يومئذ مائة درهم.

ابن القاسم: ويبدأ بالمنفوس الفقير والده.

قال: وذكر مالك أن عمر ﷺ كتب إلى عمرو بن العاص وهو بمصر زمن الرمادة وبلغني أنها كانت ست سنين: وا غوثاه ثلاثًا، فكتب له عمرو: لبيك لبيك لبيك، فكان يبعث إليه بالسعير عليها الدقيق في العباء، فكان عمر يدفع البعير بحلمه لأهل البيت يقول: كلوا دقيقه، والتحفوا العباء، وانحروا البعير، فائتدموا بشحمه، وكلوا لحمه.

ابن حبيب: لما ولي عمر لم يكفه الدرهمان، فزادوه درهمين، فلما فرض للعيال فرض لعياله، وترك الأربعة دراهم، وكان يكتسي من بيت المال، ويأخذ عطاءه مع أصحابه، ثم ترك ذلك، وجعل طعامه من خالص ماله، فلما احتضر أمر بحصر ما أخذ من بيت المال، فوجد أربعة وثمانين ألفًا، فأمر ابنه عبد الله أن يقضيها من صلب ماله، فإن لم يفِ؛ فليستعن ببني عدي، فباع من ماله بعده بمثل ذلك، وأتى به عثمان فقال: قبلناها منك ووصلناك بها.

قال: لا حاجة لي أن تصلني بأمانة عمر، وولي عثمان.

قال الحسن: فأقام للناس كما فعل عمر، فكان العطاء دارًا والعدو منفي، وما على الأرض مؤمن يخاف مؤمنًا أن يسل عليه سيفًا.

قال ابن سيرين: كثر المال أيامه حتى بيعت جارية بوزنها، وفرس بمائة ألف درهم.

قال ابن حبيب: وكان على منهاج من قبله في النفقة من ماله قصدًا وتنزها.

قال: وولي علي ﷺ فسار في قسم المال بالعراق سيرة عمر غير أنه لم يفاضل بين الناس.

قال: وأخبره صاحب بيت ماله بأنه امتلأ من صفراء وبيضاء، ففتحه، ثم قسمه بين الناس وأمر بكنسه، وتنزه أن ينفق من مال الله شيئًا، وقال: قال ﷺ: **«ليس لخليفة**

من مال الله إلا قطعتان قطعة يأكل منها وأهله وقطعة للمسلمين»[1]، فترك علي القطعة التي له ولأهله، وكان يستنفق من عطائه الذي كان يأخذ مع المسلمين، واشترى قميصًا بثلاثة دراهم وهو خليفة فلبسه وقطع من الكم ما فضل عن أصابعه، وقال الحسن ﷺ: ما ترك إلا سبعمائة درهم بقيت من عطائه أراد أن يبتاع بها خادمًا.

[باب في النفل]

النفل: ما يعطي الإمام من خمس الغنيمة مستحقها لمصلحة، وهو جزئي وكلي؛ فالأول ما يثبت بإعطائه بالفعل[2].

الشيخ عن محمد: لا ينفل الإمام إلا لوجه كالشجاع، أو من اختص لفعل ليزيد إقدامًا، ويفعل غيره مثله.

ابن القاسم: له أن ينفل بعض أهل السرية بعد الغنيمة من خمسها لما يراه من شجاعة رجل وشبهه، فأما وحالهم سواء؛ فلا.

اللخمي: هو لاجتهاد الإمام إن رآه، وتساوى فعل أهل السرية أو الجيش أو تقارب نفل جميعهم، وسوى بينهم وإلا فلا، ولا ينفل بعضهم؛ لأنه خروج عن العدل

---

(1) أخرجه أحمد: 78/1، رقم: 578.

(2) قال الرَّصاع: قال الشيخ ﷺ: النفل في عرف الفقهاء: ما يعطي الإمام من خمس الغنيمة لمستحقها لمصلحة.

قوله: (ما يعطي الإمام من خمس الغنيمة)؛ خاص بالإعطاء منها مستحقها احترز به مما يعطيه لغير المستحق، فإنه ليس بنفل،

قوله: (لمصلحة)؛ احترز به مما يعطيه لغير مصلحة، فإنه لا يصح شرعًا ولا يجوز، وإنما ينظر بنظر المعبود الذي لا رب سواه، لا بنظر هواه، وينقسم إلى جزئي وكلي؛ فالجزئي ما يثبت بإعطائه بالفعل، والكلي لا يثبت بقوله: من قتل قتيلاً؛ فله سلبه، ولا يكون ذلك إلا بقول الإمام، فإن النفل لا يستحقه قاتله على مذهبنا بقتله، وفيه مسائل، (فإن قلت): قدم الشيخ ﷺ في حد الزكاة حدها اسمًا ومصدرًا والنفل؛ لم يصنع فيه ذلك مع أنه قابل للاسمية والمصدرية، فهذا التخصيص ما سره.

(قُلتُ): الذي استقريت منه في غالب حاله: أن الماهية الشرعية إن وقع استعمالها في مصدر واسم، وكثر في ذلك إطلاق الرواة والفقهاء، فيحدهما معًا؛ لغلبة استعمالها، فإن غلب أحدًا؛ فإنما يتعرض لتعريف ما غلب.

ومفسدة لقلوبهم، وإن اختلف فعلهم منهم من أبلى أو حفر في موضع، أو جاء برأي كان فيه فتح نفله دون غيره، وإن فعل ذلك عدد نفل جميعهم أو تركهم، فإن اختلف فعلهم؛ جاز أن يفضل بعضهم على بعض، ولا بأس أن يرضخ لغيرهم تطييبًا لقلوبهم.

ويستحب كون النفل بما يظهر كالفرس والثوب والعمامة والسيف؛ لأنه أعظم في النفوس من العين ولو كثرت.

وفيها مع الموطأ: يجوز أول المغنم وآخره.

الشيخ: قال سَحنون: ولا ينفل من الأرض شيئًا.

والثاني: ما ثبت بقوله: من قتل قتيلًا؛ فله سلبه؛ لأن المذهب عدم استحقاق سلب القتيل قاتله بقتله؛ بل يقول الإمام ذلك لمصلحة بعد الغنيمة، وفي تخميسه روايتا أبي عمر.

الشيخ عن سَحنون: إن قال الإمام: من قتل قتيلًا؛ فله سلبه لم يكن من أصل الغنيمة؛ بل يكون من الخمس.

عياض: في تخميسه وتخيير الإمام في تخميسه قول مالك، ورواية ابن خويز ـ منداد، واختارها إسماعيل القاضي.

وفيها: قيل: من قتل قتيلًا أيكون له سلبه؟.

قال: قال مالك: لم يبلغني أنه كان إلا يوم حنين، قاله ﷺ بعدما برد القتال[1]، ولا يجوز إلا من الخمس بعد الغنيمة.

الشيخ: عن كتاب ابن سَحنون: لأمير الجيش والصائفة التنفيل لا لأمير السرية.

اللخمي: لا يعطي الإمام السلب لغير قاتل، فإن كان القتل من عدد نفلهم

(1) أخرجه البخاري: 6 / 177 في الجهاد، باب من لم يخمس الأسلاب، وفي البيوع، باب بيع السلاح في الفتنة، وفي المغازي، باب قول الله تعالى: ﴿وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ فَلَمْ تُغْنِ عَنكُمْ شَيْئًا﴾، وفي الأحكام، باب الشهادة تكون عند الحاكم في ولايته القضاء أو قبل ذلك للخصم، ومسلم رقم (1571) في الجهاد، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، والموطأ: 2 / 454 في الجهاد، باب ما جاء في السلب في النفل، والترمذي رقم (156) في السير، باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً فله سلبه، وأبو داود رقم (2717) في الجهاد، باب في السلب يعطى القاتل.

أسلابهم إن شاء، وإن اختلف بأسهم؛ جاز تنفيله أشدهم بأسًا سلب قتيله، ولا ينفل غيره، ولا يجوز تنفيل أضعفهم بأسًا دون غيره.

ويجوز أن يزيد أحدهم على سلب قتيله إن كان أشد بأسًا، وقتيله أقل سلبًا، والآخر أقل بأسًا، وأكثر سلبًا.

ويجوز أن يعطي أحدهم جميع سلب قتيله والآخر بعضه، وقد يكون أحد القتلى لا شجاعة عنده وسلبه كثير، فيعطي منه ما يرى أنه سداد لمثله، والآخر له شدة وبأس، ولا يزيد أحدهم ما يحط من سلب الآخر؛ لأنه فساد لقلوبهم.

[باب في السلب]

والسلب: قال ابن حبيب: كل ثوب عليه، وفرسه الذي هو عليه، أو كان يمسكه لوجه قتال عليه لا ما تجنب، أو كان منفلتًا عنه[1].

قال هو وسَحنون: ومنه سلاحه.

سَحنون: وفرسه وسرجه ولجامه، وخاتمه ودرعه، وبيضته وسيفه ومنطقته بما لذلك من حلية وساعداه وساقاه ورانه.

اللخمي: والفاتخه والخاتم.

سَحنون: لا ما في منطقته من نفقة، ولا ما في كمه وتكته.

اللخمي عن سَحنون: ولا الطوق والسواران والقرطان والتاج ولو كان عليه.

ابن حبيب: منه سواراه.

اللخمي: فعليه التاج منه وقرطاه.

ابن بشير: يفرق بأن لبس السوارين أكثر من لبس التاج، وعبر عن قول سَحنون بالمشهور، وفي كون الصليب منه نقلا الشيخ عن الوليد وسَحنون.

---

(1) قال الرَّصاع: قال: قال ابن حبيب: كل ثوب عليه وفرسه الذي هو عليه، أو كان يمسكه لوجه قتال عليه لا ما تجنب، أو كان منفلتًا عنه وهو ظاهر، وانظر كلام سَحنون: وكلام اللخمي، وما ذكر هنا من المسائل كل ذلك يجري على مسمى السلب شرعًا ما هو، والله الموفق، وقبل الشيخ رسم ابن حبيب مع أن فيه تصدير الرسم بكل، والله أعلم.

الباجي: تحقيق مذهب سَحنون أن لباسه المعتاد، وما يستعين به على الحرب من فرس وسلاح منه.

زاد ابن حبيب: ما كان عليه من الحلي والنفقة المعتادة.

سَحنون: لو وضع المبارز بعض سلاحه بالأرض، ثم قاتل المسلم فقتله؛ فليس له إلا ما عليه، ولو جعل فرسه بيده أو ربطه بمنطقته؛ فهو من سلبه.

وفيها: كره مالك قول الإمام: من قاتل بموضع كذا، أو من جاء برأس كافر؛ فله كذا، ولسرية ما غنمتم؛ فلكم نصفه.

محمد عن ابن القاسم: لأنه يفسد النيات.

زاد اللخمي: ويؤدي إلى التحامل على الهلاك.

وقال عمر رضي الله عنه: لا تقدموا جماجم المسلمين للحصون، بقاء مسلم أحب إلي من فتح حصن.

محمد عن ابن القاسم: لا أرى لمن خرج عليه أن يأخذ منه شيئًا.

أَصْبَغ: ما أرى أخذه حرامًا.

ابن حبيب: النفل قبل الغنيمة كرهه العلماء، واستخفه بعضهم إن احتاج إليه الإمام؛ كخشية كثرة عدو، وفعله أبو عبيدة يوم اليرموك لما دهمه كثرة العدو حتى قاتل نساء من قريش.

سَحنون: قول الإمام ذلك أول القتال ينهى عنه، فإن نزل مضى.

قُلتُ: ويستحق سلبه بقتله قبل كمال الاستيلاء عليه؛ ولذا قال سَحنون: من أتى بعد ذلك بأسير للإمام فقتله لم يستحق سلبه؛ لأنه لم يقتله، وكذا لو بارزه، فصرعه، فأتى به الإمام فقتله، ولو جر كافرًا لعسكر المسلمين أو صفهم، فإن قتله قبل استيلائه عليه؛ فله سلبه وإلا فلا، وكذا لو حمل حربي على صف المسلمين فقتله مسلم.

قُلتُ: ويثبت حكمه لمن صدق عليه لفظ الإمام حتى نفسه.

سَحنون: إن قاله الإمام، ثم قتل قتيلًا؛ فله سلبه ولو في مبارزة، فلو قال: منكم؛ لم يندرج، ولو خص نفسه لم يثبت له، ولو قال بعد ذلك: منكم، ولو عمم بعد ذلك اندرج، فلو قتل قتيلًا قبل تعميمه، وآخر بعده استحق الثاني فقط، ولو قال: إن قتلت

قتيلاً فلي سلبه، ومن قتل منكم قتيلًا؛ فله سلبه، فقتل الأمير قتيلين، وقتل غيره قتيلين؛ فللأمير سلب قتيله الأول لا الثاني، ولغيره سلبًا قتيليه؛ لأن الأمير إنما خص نفسه بقتيل واحد.

الشيخ: مقالته هذه في نفسه، وغيره في فور واحد، والأولى فيهما في وقتين، ولو قتل قتيلين متعاقبين من قال له الإمام: إن قتلت قتيلاً فلك سلبه؛ فله سلب الأول فقط، فإن جهل؛ فقيل: له نصفهما، وقيل: أقلهما، ولو قال: من قتل منكم قتيلًا؛ فله سلبه، فلمن قتل منهم قتيلين، أو ثلاثة سلبهم، ولو قال لعشرة هو أحدهم: من قتل قتيلًا؛ فله سلبه، أو زاد: منا؛ فله إن قتل ثلاثة سلبهم كغيره من العشرة.

قُلتُ: إن كان من ضمه إليه ممن لا يتهم في شهادته، له وإقرار له بدين في مرض أو ذوي خصوصيَّة لا يشاركهم فيها غيرهم.

قال: ولو قال: يا فلان إن قتلت قتيلًا؛ فلك سلبه، فقتل اثنين معًا.

فقيل: له نصف سلبهما، وقيل: أكثرهما، وكذا إن أصبت أسيرًا، فأصاب اثنين؛ فله نصف كل منهما، إن قلت: أيتخرج من قوله في قتلهما على التعاقب، واختلاطهما أن له أقلهما.

قُلتُ: لا، للفرق باحتمال سقوط الأكثر في الاختلاط، والتعاقب باحتمال تأخره فيسقط، وامتناع سقوطه في المعية لمساواته الأقل في موجب استحقاقه، فوجب تخييره فيهما، فيختار الأكثر كمبتاع ثوبين متقاربين على اختيار أحدهما، والشركة في موجب السلب توجبها فيه.

سَحنون: من أنفذ مقتل علج، وأجهز عليه غيره، فسلبه للأول، ولو جرحه، ولم ينفذ مقتله فبينهما.

قُلتُ: لا يتخرج في الأولى كونه للثاني من رواية قتل من أجهز على من أنفذ غيره مقتله دون من أنفذها لصيرورته بالإنفاذ أسيرًا، ولا سلب في قتل أسير؛ بل قد يتخرج عليها حرمانهما معًا.

وقوله: إن لم ينفذ الأول مقتله، فبينهما إن أراد، ولم ينفذ الثاني مقتله فواضح، وإلا فالأظهر للثاني، هو نصه في ترجمة أخرى: إن احتز الثاني رأسه، وجرحه الأول، ولم ينفذ

مقتله فللثاني، ولو تداعى قتله جارحه، ومحتز رأسه، وقد ذهب جسده فبينهما؛ لاحتمال دعواهما، وأهل الشام يرونه للجارح، وإن لم ينفذ مقتله، وغيرهم يراه لمحتز رأسه لتيقن موته به.

قال: ولو عانق مبارزه، فقتله غيره، فإن كان العلج لا يتخلص من معانقه، فسلبه له وإلا فللقاتل.

قُلتُ: الأظهر إن كانت المبارزة بينهما فقط أو بين عدد لعدد والقاتل ليس منه؛ فلا شيء له لتعديه، ولا سيما على قول ابن القاسم أنه يريه حسبما مر، وإلا فالأظهر بينهما.

قال: ولو جر مبارزه بعد صرعه إياه للعسكر فمات، فإن أنفذ مقتله؛ فله سلبه وإلا فلا، ولو قتل اثنان، فأكثر قتيلاً، فسلبه بينهم على السوية، ولو كان إنما قال: من قتل قتيلاً وحده؛ فلا شيء لهم.

ابن سَحنون: لو قال لعشرة: إن قتلتم هؤلاء؛ فلكم أسلابهم، لم يختص منهم القاتل بسلب قتيله؛ بل كل أسلابهم بينهم بالسوية، ولو قتل منهم تسعةٌ تسعة أعلاج وقتل عاشرهم عاشر المسلمين، فالأسلاب للقاتلين فقط، ولو بقي عاشر المسلمين شركهم.

قُلتُ: فيلزم لو مات بعض القاتلين؛ لم يكن لوارثه شيء، وإلا فلا شيء للحي العاشر المعين.

قُلتُ: وسلب الأجير والتاجر والعبد والمرتد والذمي يلحق بأرض الحرب، والمريض، وأقطع اليد لقاتلهم، وإن لم يقاتلوا، والمرأة والصبي كذلك إن ثبت قتالهما، ولا شيء لقاتل الشيخ الفاني من سلبه إلا عند من يجيز قتله، ولا في الراهب، ولا في المسلم المكره على القتال، إلا أن يكون سلبه لحربي أعاره فهو لقاتله، ولا شيء له من سلب من لم يقاتل من صبي وامرأة وشيخ فان، ولو كان سلبهم عارية لحربي؛ لأنه قصد قتل من لا يجوز قتله.

وسلب القتيل المستحق سلبه إن ثبت أنه غصبه من مسلم، أو استعاره من مباح ماله فلقاتله، وإلا فلربه كمسلم تاجر أو رسول، فإن كان لمن أسلم بدار الحرب؛ فلقاتله على قول ابن القاسم.

ولو قاتلنا الخوارج مع أهل حرب أعانوهم؛ لم يستحق قاتل خارجي سلبه إلا أن يكون عارية من حربي، ولو كان من سلب الحربيين من خوارج أخذهم الحربيون بعد دخولهم عسكرهم بأمان؛ لم يكن لآخذه؛ لأنه مال مستأمن لا يقسم ويوقف لأهله.

وسلب القتيل ما لم يملك يعده لقاتله.

سَحنون: ومن رمى علجًا في صف الكفار فقتله، ولم يقربه أحد حتى انهزموا؛ فسلبه لقاتله، ولو أخذوه ثم هزموا فأخذ، فإن أخذه وارثه أو وصيه أو ملكهم؛ ففيء لا لقاتله، وإن أخذه غيرهم سارق أو مختلس؛ فلقاتله.

قُلتُ: إن ثبت استحقاقه بمجرد قتله؛ وجب له ولو أخذه وارثه، وإلا فلا ولو أخذه غيره؛ لأنه أخذ مال كافر لا مال مسلم.

قال: ولو جهل آخذه، فما وجد عليه لقاتله، وما نزع عنه ففيء، ولو وجدت دابته بعد سير العسكر بمرحلتين؛ فلقاتله، وبعد طول ففيء، والقتل الموجب لما رتب عليه إن ثبت بشاهدين فواضح، وإلا فإن كان، قال الإمام: من قتل قتيلًا له عليه بينة؛ لم يثبت دونها.

الباجي: ولا بشاهد ويمين؛ لأن المثبت القتل لا المال، ولا يثبت قتل يمين وإن لم يقل ببينة؛ ففي لزومها نقل الشيخ في باب قول الإمام ذلك قبل القتال

قال سَحنون أيضًا: من جاء بسلب وقال: قتلت صاحبه لم يأخذه إلا ببينة على قتله، وكذا إن جاء برأس، واختلف قوله في الرأس، وقول الباجي: احتجاج بعض أصحابنا بخبر أبي قتادة يدل على ثبوته بخبر الواحد قائلًا: اختلاف قول سَحنون في الرأس هو قوله أولًا له سلبه، والآخر لا يأخذه إلا ببينة، الفرق بين الرأس والسلب أن الرأس غالبًا لا يكون إلا بيد من قتله.

أبو عمر: قول الشيخ: حديث أبي قتادة يدل على أنه حكم فيما مضى لا أمر لازم في المستقبل؛ لأنه أعطاه السلب بشهادة واحد دون يمين؛ يرد بأنه إنما أعطاه؛ لأنه أقر له به من حازه لنفسه في القتال، وكان بيده مالًا من ماله.

ابن زرقون: كيف يكون مالًا له، وهو لم يدعه لنفسه، ولا أتى بشبهة تصدق دعواه.

قُلتُ: ظاهر قول الشيخ في نقل أبي عمر يدل أنه في المستقبل لا يثبت بشاهد واحد.

الشيخ: لو رأى قوم رجلًا يحز رأسًا، فقال: أنا قتلته؛ فله سلبه بيمينه في أول قولي سَحنون، ولو رأوه جاء من مكان بعيد لا يقتله من مثله، فاحتز رأسه؛ فلا شيء له من سلبه في قوليه معًا.

ومسمى السلب تقدم، ولفظ غيره في الشرط أو جزائه يعتبر ظاهره في عرف قائله، وفيه فروع.

الشيخ: عن كتاب ابن سَحنون: لو قال الإمام بعد انهزام العدو: من جاء برأس، فله كذا، فأخذوا يقتلون، ويأتون بالرؤوس، فقال الإمام: رؤوس السبي لا رؤوس الرجال؛ لم يقبل قوله حتى يبينه، أو يكون عرف يقتضيه.

قُلتُ: لأنه في الأول حقيقة، وفي الثاني مجاز إطلاق الجزء على الكل.

قال: ولو كان لفظه: من جاء برأس؛ فله نصفه، أو رأس من رأسين، أو كان قوله الأول بعد تفرق جيش العدو، وكف المسلمين عن القتال قبل قوله، ولو عرف بطريقٌ بالنكاية في نصب رأسه، وهن على الكفار، فقال الإمام: من جاء به؛ فله كذا؛ فإن كان بحيث يخاف أن يقاتل عليه؛ كرهناه كراهة شديدة، فمن جاء به؛ فله جعله.

قُلتُ: وتقدم كراهة حمل الرؤوس.

ولفظ الذهب والفضة في قوله: من أصاب ذهبًا أو فضة؛ فله كذا؛ يشمل مسماهما مسكوكًا وغيره، وكل محلى به تبعًا لحليته من سيف ومصحف وثوب لا ما هو تبع له، ويشمل خاتم ذلك، ولو عظم فصه؛ لأنه يضاف للذهب أو الفضة مطلقًا، والثوب المنسوج بالذهب إن قل ألغي ذهبه، وإلا اعتبر ونزع منه، والضبة منه أو من فضة بقصعة أو مائدة إن كانت زينة اعتبرت ،فنزعت وإلا ألغيت، وأنف الكافر من ذهب معتبر لا ما ربط به أسنانه.

ويشمل مسمى الحلي مرصعة، وتاج المرأة وغيرها، والخاتم والسلك المنظوم والقرط المنظوم، وإن لم يكن فيه ذهب.

ويشمل السيف جفنه وحليته التافهة لا الكثيرة إلا أن يعلم الإمام أن سيوف ذلك

العدو كذلك، ولا يشمل الحديد المصنوع غيره ولا غيره المصنوع.

قُلتُ: إن كان ببلد معدنه مثله وإلا شملهما لا نصب السيوف والسكاكين.

ومبهمه الأظهر إلا أن يكون تبعًا.

قال: ويشمل ركوب السرج لا مساميرها ولا مسامير السفن.

ويشمل البز ثياب الكتان والقطن، والثوب ثوب الديباج، والكساء الذي يلبس لا ما للنوم، ولا عمامة ولا قلنسوة، ولا الفرش ولا البسط، ويدخل هذا في المتاع لا الآنية، ويدخل في ثوب البز بطانة جبة منه، ووجهها من غيره، فيستحق مبلغ قيمة بطانتها منها.

ويشمل لفظ جبة حرير كل الجبة وجهها حرير فقط لا التي بطانتها حرير، ولا يشمل الصوف، ولا الشعر جلودهما ولا ثيابهما ولا غزلهما.

ويشمل الفرو الفرو بما ظهر به من حرير أو خز.

وما أراد الإمام قتله من رجال لا يتعلق به النفل، وإن استحياهم؛ تعلق بهم.

ولو قال: من جاء بشيء، فله منه طائفة، أو بعضه أو جزء، أو نصيب؛ أعطي منه بقدر اجتهاده، وكذا فله شرك، ولا بأس ببلوغ النصف على غير قول ابن القاسم.

قُلتُ: مقتضى قول غيره لزومه لا استحبابه فضلًا عن جوازه.

وفي أخذه من ثاني سلمها نظرٌ يأتي إن شاء الله.

قال: وفيه فيمن جاء بشيء مثل سهم أحد القوم، وهم رجال فقط، أو فرسان فقط: مثل ما يجب لأحدهم، وإلا ففي استحقاقه سهمًا من قسمه على عددهم بالسوية، أو نصف سهم راجل، ونصف سهم فارس قولان من قولي ابن القاسم وغيره في الوصيَّة بمثل نصيب أحد ورثته وفيهم رجال ونساء، ومن لم يبلغ ما جاء به ما جعل له؛ لم يزد عليه إلا لوجه يقصد.

قال فيه: لو قال: من جاء بمائة؛ فله مائتان، أو من جاء بعرض؛ فهو له وكذا، أو من جاء بوصيفة؛ فهي له وكذا، بطل الزائد، وقول هذا خطأ.

ولو قال: من جاء بأسير؛ فهو له، وكذا فخطأ، وإن نزل كان له الزائد؛ لأن فيه تحريضًا.

وفعل من فعل غير ما شرط فعله غير مستلزم له لغو فيه، لو قال: من قتل بطريقًا؛ فله سلبه فقتل غيره، أو من قتل صعلوكًا؛ فله سلبه، فقتل بطريقًا؛ فلا شيء له.

قُلتُ: لأن.. شوكة البطريق أشد، وسلبه أكثر، فلو اتفق كون سلبه كصعلوك؛ كان له،

وفيه: لو قال: من قتل شيخًا، فقتل شابًا؛ فله إلا أن يخص الشيخ لكيده، وفي العكس لا شيء له.

ولو قال: من جاء بأسير؛ فلا شيء لمن جاء بوصيف أو وصيفة، وفي العكس له إلا أن يريد تكثير السبي.

ولو قال: برضيع؛ فلا شيء لمن جاء بوصيف، وفي العكس له.

ولو قال: بوصيف، فجاء بوصيفة؛ فله إن بلغت قيمته وإلا فلا.

وفي من جاء بعشرة من الغنم، فله شاة، فجاء بعشرة من البقر؛ فله جعله.

وفي من جاء بثياب كذا إن جاء بثياب غيرها تبلغ قيمتها؛ فله وإلا فلا.

وفي من جاء بفرس أو برذون، فجاء ببغل أو حمار؛ لا شيء له.

وفي من جاء ببرذون، فجاء بفرس له لا العكس.

وفي من جاء بفرس، فله مائة درهم، فجاء بفرس لم يغنم غيره؛ له ذلك من خمسه إن بلغه.

ابن سَحنون عنه: والنفل قبل الغنيمة لا يبطل بموت الإمام أو عزله، وثبت عليه بعد قوله: (يبطل) ما لم يقبض.

ولو نفل سرية الربع بعد الخمس؛ لم يبطل بقدوم والٍ غيره حتى يلحقوا بالعسكر، فيبطل إلا أن يحدثه الثاني، ولو مات أميرهم، واستخلف غيره؛ فالحكم باق إلا أن يبطله المستخلف.

ولو قال باعث الأول: إن مات فلان ففلان بعده؛ بطل تنفيل الأول بموته، ولو أشهد منفل السرية بعد أن فصلت أنه أبطل ذلك نظرًا؛ بطل إلا أن يكون بعد أن غنمت.

ابن سَحنون عنه: لا يدخل في قول الإمام: من قتل قتيلاً؛ فله سلبه بعد القتال أو

قبله ذمي ولا امرأة إلا أن ينفذه لهما الإمام لقولة أهل الشام، وعلى قول أشهب يرضخ للذمي من الخمس يدخل؛ لأن السلب نفل.

ولو قال: من قتل كافرًا من المسلمين؛ لم يدخل اتفاقًا، وشرط استحقاق التنفيل لأمر يفعل سماع بعض من يصدق عليه قول الإمام لنقل ابن سَحنون عنه: من لم يسمع قول الإمام: (من قتل قتيلاً؛ فله سلبه) كمن سمعه، ولو لم يسمعه أحد؛ فلغو.

ولو جعل لسرية نفلاً ذكره؛ فهو كذلك، وإن لم يعلمه جميعهم، ولو لم يسمعه أحدهم منهم؛ بطل، ولو دخل عسكر ثان لم يسمعوا ما جعل للأول؛ فلهم مثله إن كان أمير العسكرين واحدًا.

ولو بعث الإمام سريتين على جزأين مختلفين بقدر صعوبة المواضع، وعين لكل سرية قومًا؛ فلا شيء لمن انتقل لغير موضعه، ولو قال: يخرج في كل سرية من شاء، فلمن دخل في غير سريته النفل مثل أصحابه، ولو ضل من السرية رجل، فترك الأمير من ينتظره، ثم رجع إليه غانمًا؛ فلا نفل للضال فيما غنم دونه بخلاف القسم له من الغنيمة، ولمنتظر الضال من النفل ما لأصحابه، ولو غنم الضال اختص بنفله فيه، وضمت غنيمته لغنيمة الجيش، ولا يترك الأمير للضال منتظرًا إلا بمحل آمن.

ابن سَحنون: لو ضل رجل من سرية؛ نفلت الربع بعد الخمس لأخرى نفلت الثلث بعده، ورجل من هذه الأولى، فقياس قول سَحنون يصير نفل الضال، وسهمه مع التي ضل إليها وعلى نفلهم.

وقال غيره من أصحابنا: بل يضم الضال نفله من التي ضل إليها إلى التي ضل عنها، فيأخذ نفله معهم كما يأخذون.

سَحنون: لو افترقت سرية من عسكر نفلت قدر فرقتين، فرجعت كل واحدة بغنيمة أو إحداهما؛ فلكل واحدة نفلها وغنيمتها دون الأخرى إن استقلت كل واحدة عن الأخرى، وإن افتقرت كل واحدة للأخرى، فكسرية واحدة.

قُلتُ: قوله: لكل واحدة قيمتها دون الأخرى إن أراد حيث يعرض استقلال كل سرية أو إحداهما بغنيمتها عن الجيش حسبما يأتي إن شاء الله فواضح وإلا فمشكل؛ لأن ضم غنيمتيهما للجيش يوجب مساواتهما له، ومساوي المساوي لشيء مساوٍ له.

ابن سَحنون عنه: قول الأمير للسرية: ما غنمتم لكم دون تخميس مردود؛ لأن القول به شاذ.

ابنه: إن مضى به من صدر الأئمة مثل ما مضى في نفل جزء من الخمس مضى.

قالا: وأصحابنا يكرهون أن يبعث سرية، ثم ينفلها جميع الخمس؛ لأنه لم يعمل به سلف، وأما بعضه فجائز، والنفل الراجل فيه والفارس سواء.

محمد: لأنه إعطاء لما ينالهم والراجل أشد عذرًا وتعبًا، ولو بين في النفل قسمه بينهما كالغنيمة؛ لزم.

والغنيمة أرضًا في عدم قسمها طريقان:

الباجي: توقف لنوائب المسلمين، قاله مالك، وابن القاسم، وأشهب، وابن حبيب، وعزاه الشيخ لرواية محمد، وسماع ابن القاسم.

اللخمي: ما عجز المسلمون عن سكناه مطلقًا هدم وحرق، وما عجز عنه إلا بتمليك ساكنه أقطع لذوي النجدة؛ ليكونوا في نحر العدو مخرجًا من رأس الغنيمة، وما كان قريبًا مرغوبًا فيه في وقفه للنوائب، وقسمه كالأموال، ثالثها: يخير الإمام فيهما بالأصلح، لها ولبعض الناس، وللمبسوط مع بعض رواياتها، وهي أحسن، وعزا ابن بشير الثلاثة للمذهب معبرًا عن الأول بالمشهور.

وفيها: قال: لا علم لي بجزية الأرض كيف كان يصنع فيها؟ إلا أن عمر لم يقسم الأرض بين فاتحيها، وأرى لو نزل هذا بأحد أن يسأل أهل تلك البلدة، وأهل العلم والأمانة كيف كان الأمر فيه؟ فإن وجد علمًا يشفيه، وإلا اجتهد في ذلك هو، ومن حضره من المسلمين.

ابن رُشْد: أي لم يثبت عنده قدر ما وضع عمر على الأرض من الخراج؛ لأنه إنما توقف في قدر ذلك، وقيل: إنما توقف هل عليها خراج أو لا خراج عليهم؟ وتترك لهم إعانة على الجزية.

وقيل: إنما توقف في خراجها هل يصرف مصرف الفيء أو الصدقة؟ قاله الداودي.

وحكي عن ابن القاسم: أن الذي ينحو إليه مالك أن مصرفه مصرف الفيء.

قُلتُ: وعزا ابن محرز الثاني لابن شبلون قال: وقال: إنما شك هل يوظف عليها شيء لا يزاد عليه ولا ينقص أو هو بحسب الاجتهاد؟.

وقال غيرهما: يحتمل الأمرين.

وثالثًا: وهو هل يقسم خراجها على فاتحيها فقط أو عليهم وعلى غيرهم؟ وهو دليل قول سَحنون عقب مسألة الفيء والخراج قد أعلمتك ما قال في العنوة.

الباجي: قول مالك: إن مكة عنوة لا صلح لقوله ﷺ: «**إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنما أحلت لي ساعة من نهار**»[1].

وقوله يوم الفتح: «**من دخل دار أبي سفيان فهو آمن**»[2]؛ وفائدة الخلاف هل يجوز للإمام المن بكل الغنيمة مالاً ورجالاً وأرضًا اقتداءً بفعله ﷺ في مكة؟.

وقال أبو عبيدة: ذلك خاص بمكة؛ لأنها إنما أحلت ساعة من نهار وبعدها رجعت لحرمتها، فحرمت غنيمتها فردها رسول الله ﷺ.

أبو عمر: قول أبي عبيدة ضعيف، ثم قال: ما حاصله أنه ﷺ دخلها مؤمنًا من لم يقاتل، آمرًا بقتال من يقاتل، فمن اعتبر أمره ﷺ بالقتال جعلها عنوة، ومن اعتبر كون الواقع في فتحها عدم القتال لسابق التأمين بالشرط المذكور جعلها صلحًا.

وكره مالك كراء بيوت مكة، وقال: كان عمر ينزع أبواب أهل مكة، ثم قال أبو عمر: تبايع أهل مكة لدورهم قديمًا وحديثًا أظهر من أن يحتاج فيه لذكر.

قُلتُ: فيها: لمالك: لا يفض كراء الأرض سنين على كل سنة بالسوية؛ بل بقدر نفاقها كل سنة.

قال ابن القاسم: لأن المتكاريين عرفًا ذلك، والناس مثل دور مكة في نفاقها أيام الموسم.

---

(1) أخرجه البخاري: 1 / 183 و 184 في العلم، باب كتابة العلم، وفي اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة، وفي الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، ومسلم: رقم (1355) في الحج، باب تحريم مكة وصيدها.

(2) أخرجه مسلم: رقم (1780) في الجهاد، باب فتح مكة، وأبو داود: رقم (3021 و3022 و3024) في الخراج والإمارة، باب ما جاء في خبر مكة.

اللخمي: لم يختلف قول مالك وأصحابه أن فتح مكة عنوة وأنها لم تقسم، واختلف هل من بها على أهلها أو أقرت للمسلمين؟.

واختلف في كراء دورها وبيعها؛ فمنعها مالك مرة، وذكر أبو جعفر عنه أنه كرهها، فإن وقعا؛ لم يفسخا، وظاهر قول ابن القاسم فيها الجواز وذكر لفظه فيها.

وفي كون خيبر عنوة أو إلا حصني الوطيح والسلالم نقلا ابن رُشْد عن ابن عبد البر مع ابن إسحاق، ومالك مع ابن شهاب.

السهيلي عن أبي عبيدة: قسم ﷺ خيبر أثلاثًا إلا السلالم والوطيح والكتيبة تركها لنوائب المسلمين.

وسمع ابن القاسم: فتحت مصر عنوة.

ابن رُشْد: قال الليث: نحن أعلم بأرضنا إنما كانت صلحًا.

قُلتُ: في التجارة لأرض الحرب منها: لا يجوز شراء أرض مصر، ولا تقطع لأحد.

وإفريقيَّة: قال المازري: شك سَحنون فيها فكان يرى نفسه فيما بيده من سوادها عامل مساقاة.

قُلتُ: في الجعل والإجارة منها لابن القاسم: ما سكنه المسلمون عند افتتاحهم، واختطوه كالفسطاط والبصرة وإفريقيَّة والكوفة، وشبه ذلك من مدن الشام ليس لأهل الذمة إحداث كنيسة فيها إلا أن يكون لهم شيء أعطوه؛ لأن تلك المدائن صارت لأهل الإسلام مالًا يبيعون ويرثون.

قُلتُ: فصوب بعض شُيُوخنا أخذ بعض أصحاب بعض شُيُوخه منه كون إفريقيَّة عنوة، وهو ظاهر تاريخ الرقيق وابن سعيد وغيرهما.

قُلتُ: ولا يناقض قول تجارتها: لا تباع أرض مصر قول إجارتها: يبيعون ويرثون؛ لأن هذا فيما اختط للسكنى، والاختطاط لها يوجب الملك.

وقوله: في أرض مصر في بياضها وسوادها.

الباجي: أكثر أرض الأندلس عنوة، ومنها صلح كتدمير وغيرها، وقاله ابن حبيب.

ومستحق القسم من الغنيمة

ذو الإسلام والحرية، والذكورية والبلوغ، والعقل والصحة، وحضور الموقعة والخروج للقتال غير زمنٍ اتفاقًا.

وفي العبد والذمي طرق:

اللخمي: في الإسهام لأهل الذمة يكونون في جملة الجيش، ثالثها: إن كان الجيش بحيث لو انفرد عنهم لم يقدر على الغنيمة؛ لقول ابن حبيب: إن نفر الذميون مع صوائفنا ترك لهم ما صار لهم دون تخميس.

وسماع ابن القاسم قائلاً: لا يستعان بالعبيد والذميين مع قول أشهب: ما غنمه عبيد وذميون خرجوا من عسكر لأهله دونهم.

وسَحنون: قلت: ظاهر أول لفظ اللخمي عدم اشتراط قتالهم في الإسهام، ومقتضى قولي قائله اشتراطه، وبه فسر ابن بشير القولين، وحكى المازري الثلاثة، وعزا الثاني للمعروف من المذهب.

وقال عقب ذكره الأول: أشار بعض الأشياخ إلى أن محمل ذلك على أن الإمام أذن لهم في القتال.

قال: وأشار بعض الأشياخ إلى تخريج هذا الخلاف في العبيد.

قُلتُ: حكى ابن العربي الأقوال الثلاثة في العبيد نصًا.

ابن حارث: لا يسهم لأهل الذمة اتفاقًا، وفي وجوب إعطائهم من الخمس شيئًا إن لم يرض الغانمون برضخ لهم من الأربعة الأخماس قولا أشهب وابن القاسم.

قُلتُ: الذي للشيخ عن كتاب ابن سَحنون: للإمام أن يرضخ لهم من الخمس لا وجوبه، وتذكر ما مر في فصل الاستعانة بالكافرين.

ابن رُشْد: لا يسهم للعبيد اتفاقًا.

وفي الإسهام للصبي المطيق للقتال طرق:

ابن رُشْد: لا يسهم له اتفاقًا.

ابن حارث: إن لم يقاتل؛ لم يسهم له اتفاقًا، وإلا فقولان لها، ولسماع ابن القاسم.

قُلتُ: لم أجده فيه.

اللخمي: في ترك الإسهام له، ولو قاتل وثبوته إن راهق، وبلغ مبلغ القتال، ثالثها: إن قاتل، ورابعها: إن أنبت وبلغ خمس عشرة سنة أسهم له ولو لم يقاتل لها، ولرواية محمد، وله، ولابن حبيب، وأرى أن يسهم له إن قوي على القتال، وحضر الصف، وأخذ أهبة الحرب وإن لم يقاتل.

قُلتُ: عزا الشيخ الأول أيضًا لآخر قولي سَحنون، والثاني لأولها، والرابع لابن وَهْب.

وفي المرأة طرق:

ابن رُشْد: لا يسهم لها اتفاقًا.

الباجي: هذا قول جمهور أصحابنا.

وقال ابن حبيب: إن قاتلت قتال الرجال؛ أسهم لها.

قُلتُ: ونقله عنه الشيخ واللخمي وصوبه، واختار أن يسهم لها إن كانت ذات شدة ونصبت للحرب ولو لم تقاتل.

وعزو المازري الثاني للتخريج على قول ابن حبيب: تقتل المرأة الكافرة إن قاتلت؛ يقتضي أنه غير منصوص له، وليس كذلك لما مر.

التونسي: لا خلاف في تخميس ركازٍ وجده صبي أو امرأة.

وفي تخميس ما غنمه نساء بقتالهن وحدهن أو صبيان بقتالهم وحدهم نظر.

المازري: أشار غيره إلى إجرائه على العبيد فيما انفردوا به.

وسمع يحيى ابن القاسم: ما أصابه العبد المتلصص مع حرٍّ خمس، ثم قسم بينهما.

قُلتُ: لم قسم بينهما، والعبد لا يقسم له من الغنيمة؟.

قال: لأن الغزو والتلصص واحد.

وقال أَصْبَغ وسَحنون: لا يخمس، ما أصابه العبد المتلصص كالذمي.

ابن رُشْد: لم يكن للعبيد والنصارى في المغنم حق مع الأحرار المسلمين في عسكرهم؛ لأنهم في حيز التبع، فإن لم يكونوا تبعًا؛ فلهم حقهم كالعبد والنصراني مع أربعة أحرار مسلمين.

الشيخ عن كتاب ابن سَحنون: من جن بعد الغنيمة؛ أسهم له فيما تقدم لا المستقبل، ولا يسهم لمطبق، ويسهم للمصاب الأهوج، ومثله يقاتل.

الباجي: المطبق الذي لا يتأتى منه قتال؛ لا يسهم له، ومن معه ما يمكن به القتال؛ أسهم له.

وفي المرض طرق:

الباجي: إن منع القدرة على القتال حالًا ومآلًا؛ منع الإسهام وإلا فلا.

اللخمي: اختلف فيمن خرج مريضًا، وأرى ألا شيء له إلا أن يقتدى برأيه: (رب رأي أنفع من قتال)، ومن مرض بعد القتال؛ أسهم له، ويختلف إن مرض بعد الإدراب قبل القتال، فرده الإمام.

قُلتُ: نقل الشيخ وظاهره عن محمد: من مرض بعد الإدراب وقبل القتال، فرده الإمام لبلد الإسلام؛ أسهم له على قول ابن القاسم.

الصقلي: روى ابن سَحنون: يسهم للمريض، ما كل من حضر يقاتل، وقاله سَحنون.

وروى القرينان: لا يسهم له.

وفي كتاب محمد: من دخل دار الحرب، فلم يبلغ العسكر حتى مرض، فخلفوه بالطريق لعله يعيش فيلحقهم، فغنموا ورجعوا؛ فله سهمه، وكذا إن كان يلحقه ببلد الإسلام قبل أن يدرب القتال في بلد الحرب؛ أسهم له.

ابن بشير: إن مرض بعد شهود القتال والإشراف على الغنيمة؛ أسهم له، وإلا فثالثها: إن مرض بعد ابتداء القتال، ورابعها: بعد الدخول في حد أرض الحرب.

قُلتُ: فيها: لمالك: من خرج غازيًا، فلم يزل مريضًا حتى غنموا؛ أسهم له.

وفي الموازيَّة: يقسم للزمنى.

اللخمي: ويختلف في الأعمى.

قال سَحنون: يسهم له؛ لأنه يبري النبل، ويكثر الجيش ويدبر، والصواب ألا يسهم له، وإن كان يبري السهم؛ فهو من الخدمة.

سَحنون: يسهم لأقطع اليدين والأعرج والمقعد.

والصواب ألا يسهم لأقطع اليدين، ويسهم لأقطع اليسرى، وللأعرج إن حضر القتال ما لم يجبن عن حضوره لعرجه إلا أن يقاتل فارسًا، ويسهم للمقعد إن كان فارسًا يقدر على الكر والفر وإلا فلا.

قُلتُ: ظاهره: أن شرط كونه فارسًا من عنده، وهو نص نقل الشيخ عن سَحنون قال: يسهم له، وهو يقاتل فارسًا.

وزاد عنه: يسهم للمجذوم لا المفلوج يابس الشق.

وعلى المعروف في منع الإسهام قال اللخمي: فيها: لا يرضخ للنساء والصبيان والعبيد، وقال ابن حبيب: يرضخ لهم، وهو أحسن، لحديث ابن عباس: **«لم يكن ﷺ يسهم للعبد والمرأة إلا أن يحذيا من المغانم»**[1]، وكذلك كل من للجيش فيه منفعة.

ونص المازري على أن الإرضاخ إنما هو من الخمس.

وفي النوادر عن ابن حبيب: كان ﷺ يحذي النساء والصبيان والعبيد من الغنيمة.

وروى ابن وَهْب وابن القاسم: ما علمته.

وفي كتاب ابن سَحنون: عن مالك: لا يسهم للمرأة والعبد وإن قاتلا، وإن قاتلا وأحذيا، ولو حذاهم من الخمس؛ فلا بأس به، وله عن أشهب: يرضخ لأهل الذمة إن قاتلوا من الخمس، وكذا العبيد.

ابن سَحنون: لو لم يأذن للعبد سيده في القتال؛ لم يرضخ له في قول أشهب، وينبغي في قياس قوله: أن يرضخ له، كما لو آجر نفسه بغير إذن سيده؛ لكان له أجره.

قُلتُ: إن أراد بقوله: لم يرضخ له في قول أشهب؛ أي: في نص قوله فواضح، وإن أراد في القياس عليه ناقضه قوله ثانيًا: (وينبغي في قياس قوله). إلا أن يريد بالقياس الأول على قوله في الجهاد، وبالقياس الثاني على قوله في الإجارة، ويرد القياس الثاني بأن الإرضاخ لمصلحة عود المرضخ له لمثل ما صدر منه من القتال، وهي منتفية إن كان

(1) أخرجه مسلم: 3/ 1444، كتاب الجهاد والسير، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم، والنهي عن قتل صبيان أهل الحرب رقم (1812)، ولفظه: «وقد كان يغزو بهن، فيداوين الجرحى، ويحذين من الغنيمة، وأما بسهم فلم يضرب لهن».

قتاله بغير إذن سيده؛ لأنه منه عداء، وهي حاصلة إن كان بإذنه، والأجرة في الإجارة عوض عمله وقد حصل.

وفي الإسهام لمن ضل عن الجيش فيما غنمه الجيش بعده قولها مع الصقلي عن ابن نافع، وله مع اللخمي عن روايته، وتخصيص اللخمي قولها بالضال بأرض العدو يتعقب بأن نصها: «قلت: إن غزا المسلمون أرض العدو فضل منهم رجل، ورجع إليهم بعد أن غنموا.

قال: أخبرتك بقول مالك في الذين ردتهم الريح، وهم ببلاد المسلمين أن لهم سهمهم في الغنيمة».

قُلتُ: وكذا نقل الشيخ عن محمد عن أَصْبَغ عن ابن القاسم: سواء ضل بأرض العدو أو أرض الإسلام.

ابن بشير: في القسم له، ثالثها: إن ضل بأرض الحرب.

الشيخ عن أشهب: من ضل من سرية لأخرى من غير عسكرها قبل القتال، ثم قاتل معها؛ فله سهمه معهم يرده لغنيمة سريته التي ضل منها، وذكر ابن سَحنون عن أشهب: لا شيء للضال مما غنمه جيشه الذي ضل عنه بعده، ويختص حكمه بالتي ضل إليها.

وقال التونسي: أما حظه فيما غنمه جيشه الذي ضل منه بعده فصواب؛ لأنه غلب على الكون معهم، وفي رد ما أخذ بعد مع السرية الثانية نظرٌ؛ لأنه لم يتقو بهم فيما غنمه مع السرية الثانية.

قُلتُ: ما صوبه ملزوم لرده ما أخذ مع الأخرى، وإلا كان محكومًا له بأنه منها، ليس منها هذا خلف، ولو ردت الريح بعض السفن لأرض الإسلام، ففي الإسهام لأهلها مما غنمه النافدون قولان لها مع الشيخ عن كتاب ابن سَحنون عن مالك قائلًا: ولو كان المردود سلطانهم، وعن أول قولي سَحنون.

محمد: ولو تكسرت بعض السفن، فأقام أهلها لإصلاحها بأرض الإسلام، فخافوا بعد إصلاحهم أن يلحقوا بأصحابهم؛ فلا شيء لهم فيما غنموه، فإن أسهموهم فلا رجوع عليهم لفوته بإنفاقهم، ولو كان ذلك بعد دخول أرض العدو شركوهم

فيما غنموا.

وفي القسم للتاجر بشهوده القتال، أو إن قاتل نقل اللخمي عن محمد والمدَوَّنة قال: وقال ابن القُصَّار: إن خرج للجهاد والتجر قسم له، ولو لم يحضر القتال وإلا فلا إلا أن يشهد القتال.

وفي الأجير طرق.

اللخمي: إن كان في رحله؛ لم يقسم له وإلا ففيها يقسم له إن حضر القتال.

وروى أشهب: لا قسم له ولو قاتل.

ابن القُصَّار: إن خرج للجهاد والإجارة دون خدمة كالخياط قسم له، ولو لم يحضر القتال وإلا فلا.

وقال سَحنون: لا يقسم لأجير الخدمة إلا أن يقاتل، فيسقط من أجره قدر ترك عمله.

المازري: في القسم للأجير ثلاثة.

قيل: لا يقسم له.

محمد: يقسم له إن شهد القتال.

وفيها: إن قاتل.

الصقلي عن كتاب ابن مزين: إن قاتل أسهم له، وفيما غنم قبل قتاله، ولو كان القتال مرارًا شهد منها مرة فقط قسم له في جميع تلك الغنيمة.

ابن نافع: لا يقسم له إلا أن يحضر أكثر ذلك.

يحيى: هذه أحسن، وإن قاتل مرة قسم له من غنيمتها فقط.

وسمع القرينان: لا يقسم لأعوان استؤجروا لعمل البحر من قذف، وغيره من أعمال السفن أو لعمل البر من تسوية الطرق، وقطع الشجر، وإصلاح ما فيه ضرر على المسلمين ولو قاتلوا قتالًا عظيمًا.

ابن رُشْد: هذا خلاف ما في المدَوَّنة والواضحة.

وقال بعض أهل النظر: ليس خلافهما، ومعنى السماع في الإجارة العامة، وما في المدَوَّنة، وغيرها في الخاصة، وليس بصحيح؛ لأن العامة أقرب إلى القسم من الخاصة.

ابن محرز: لا خيار لمؤاجر الأجير الغانم في أخذ حظه بدلاً عن مناب ما عطل من عمله؛ كقولهم فيمن آجر أجيرًا لخدمة مدة آجر نفسه في بعضها لمجانسة ما آجر نفسه فيه لما استحق من عمله ومباينة عمل الجهاد الخدمة؛ ولذا لو كانت المؤاجرة امرأة، فتزوجت لم يكن لمؤاجرها أجر صداقها؛ لأن عوضه لم يملكه المؤاجر، ولو غصبت ذات زوج لم يكن لزوجها أخذ صداقها من الغاصب لها على الغاصب؛ لأن زوجها لم يملك وطئها بالغصب.

محمد: لو بعث الأمير قومًا من الجيش قبل وصوله بلد العدو لمصلحة الجيش من حشد أو إقامة أسواق، ونحوه قسم لهم فيما غنم في غيبتهم.

سَحنون: ورواه ابن نافع.

وعن مالك: لا شيء لمن بعثه الإمام في بعض مصالح المسلمين فيما غنم بعده، وبالأول أقول، وإن رد الإمام قومًا لضعف الناس وأثقالهم وما وقف من دوابهم فكل من رده لمصلحة المسلمين إن كان أدرب قسم له وإلا فلا، وكان قال: لا أعرف الإدراب، ولم يقله من أصحابنا غير عبد الملك، وأنكر ذكره عن المغيرة، وكل من رده لمصلحة قسم له، ولا أعرف رد الإمام المرضى والخيل، ولكن يرد الرجل للجبن وغيره.

وسمع يحيى ابن القاسم في أهل مركب بعثوا بعد نزولهم جزيرة للروم رجلًا لناحية منها؛ ليخبرهم ما فيها من سفن المسلمين، فأبطأ فأقلعوا فغنموا، وكان الرجل دخل بعض سفن المسلمين إن قعد عنهم تاركًا لهم؛ فلا شيء له معهم وإلا؛ فله حظه معهم.

وغنيمة من استند لغيره دونه بينهما:

الشيخ: روى محمد: كل سرية خرجت من عسكر فصل عن بلد الإسلام للغزو ما غنمت بينها وبين كل الجيش، ولو أخرجها من بلد الإسلام اختصت بما غنمت، ولو قدم والي الجيش سرية من بلد الإسلام، ثم أتبعها ببقية عسكره، فغنمت قبل لحوقه بها، ففي كون غنيمتها شركة بينهما شركة مطلقًا، أو إن غنمت بعد فصول الجيش من أرض الإسلام، وإلا اختصت بها نقلا الشيخ عن محمد عن عبد الملك، ومحمد مع نقله عن

أشهب ومالك قائلًا: ولو كان بعثه لها ليتبعها.

وفي الموازيَّة: لو قسم عسكر غنيمته، فتسرعت طائفة منه للرجوع، فلقيهم عدو أخذهم، ثم غنم بقية الجيش لم تدخل فيها المتسرعة من بقي منها، ولا من قتل، ولو غنمت آخذي المتسرعة رد ما أخذ لها على حيها ووارث من مات منها.

وما غنمته من غير ذلك بينهم، وبين أحياء المتسرعة، ولو كانوا أسرى في الحديد، وكذا الأسرى منهم والزمنى.

ابن سَحنون عن عبد الملك: لو بعث الوالي سرية ردءًا لأخرى، فقدمت فغنيمة الأولى - ولو قبل بعث الثانية - بينهما، وكذا ما غنمته الثانية وحدها.

سَحنون: لا تدخل الثانية فيما غنمته الأولى قبل خروجها مستغنية عنها.

عبد الملك: ولو بعث الثانية لغير الأولى اختصت كل واحدة بما غنمت، ولو غنمت إحداهما فقط، ثم اجتمع العدو عليهما معًا، فكانت نجاتهما باجتماعهما؛ ففي كون ما غنمته إحداهما بينهما، أو لها فقط قولا عبد الملك وسَحنون قائلاً: لو أخذ العدو غنيمة إحداهما، ثم اجتمعتا فاستنقذتاها منه؛ ردت لغانمتها كمال مسلم غنم.

ابن سَحنون عنه مع بعض أصحابه: إن مات أمير جيش بأرض العدو، فانقسم طائفتين، قدمت كل طائفة أميرًا، وانحازت عن الأخرى؛ فما غنمته إحداهما بينهما.

محمد: قياس قول سَحنون إلا أن تتباعد كل واحدة عن الأخرى بحيث لا يمكن تعاونهما، ولم يجتمعا إلا بدار الإسلام؛ فلكل واحدة ما غنمته دون الأخرى.

ابن سَحنون عنه: لو ارتدت طائفة من عسكر بدار الحرب، واعتزلوا باقي المسلمين، ثم غنم باقي المسلمين، وغنم المرتدون، ثم رجعوا للإسلام؛ لم يدخل المرتدون فيما غنمه المسلمون أدبًا لهم، ودخل المسلمون فيما غنمه المرتدون، ولو قتلوا على ردتهم، وحظ المرتدين لهم إن أسلموا وإلا فللمسلمين.

وسمع يحيى ابن القاسم في أمير سرية عرض له نهر بأرض العدو، فأجازه ببعض من معه، وتخلف الآخرون معتذرين عن طاعته بشدة خطره، فرجع بغنيمة، ووجد المتخلفين بمكانهم لا قسم لهم إن ثبت تخلفهم بإقرارهم، أو ببينة من غير الغانمين، ولا يقبل عليهم قول الأمير.

ابن رُشْد: ظاهره حرمانهم بتخلفهم، ولو كان جوازه خطرًا.

وقال سَحنون: إن كان قسم لهم لعذرهم، وأخطأ الذين أجازوا، وعندي إن كان في وقوف المتخلفين بمكانهم وجه منفعة للغانمين مثل أن يكون النهر قرب بلد العدو بحيث يظن العدو جوازهم أجمعين؛ قسم لهم معهم وإلا فلا، ولا تقبل شهادة الغانمين على من أنكر أنه لم يجزه؛ أنه لم يجزه اتفاقًا إلا أن يكون ما يجب له من ذلك يسيرًا، فيجري على الخلاف في شهادة العدل لغيره بما يجر به لنفسه ما لا يتهم على مثله لقلته.

وسمع أشهب إجازتها.

وفي رد قول الإمام عليهم، وقبوله إن كان عدلاً هذا السماع، وقول سَحنون وهو بعيد؛ لأنه إن حكم عليهم حكم بعلمه ولنفسه، وإن رفع الأمر لغيره وجب كونه كغيره، ووجهه أنه جعله كحكم القاضي بعلمه بما أقر به الخصم في محله.

قُلتُ: فأين إلغاء مانع كونه يحكم لنفسه؟.

سَحنون: إن بعث الإمام سريتين نفل إحداهما الربع قبل الخمس قسم ما غنمتا على عددهم، فإن كانت المنفلة مائتين والأخرى مائة أخذت المنفلة نفلها من الثلثين؛ وهو الربع قبل الخمس، وخمس ما بقي، وقسم بين العسكر والسريتين، ولو دخل جيش أرض العدو، ثم دخله متطوعون دون أمر الإمام؛ فلهم حكم الجيش فيما يغنمه، وأخطأوا في خروجهم دون إذن الإمام إن كان غير مضيع، ولو اجتمع جيشان بأرض العدو، فإن كان كل جيش غنيًا عن الآخر؛ اختص كل بما غنم، وإلا فما غنماه أو أحدهما فبينهما.

ابن سَحنون عنه: ما غنمه أهل بلد من عدو دخلها عليهم بين أهلها من قاتل ومن لم يقاتل، وفيه الخمس، ولو خرج الناس في أثره بعضهم بعد بعض فما غنم الأولون بعد خروج الآخرين بينهم أجمعين.

وفي كون ما غنموه قبل خروجهم كذلك أو للأولين فقط قولا عبد الملك وأشهب، وهو أحب إلي لقول مالك في الروم تغير قرب المصيصة فيقال: يا خيل الله اركبي، فيخرج أهل النشاط، فما غنموه أدنى أرض الروم لهم دون من لم يخرج.

وسمع يحيى ابن القاسم في عدو أغار على ثغر، فخرج في طلبه خيل المسلمين

متلاحقين ما غنمه أولهم بين جميعهم من قاتل أو لا، ومن خرج أو لا؟ إن كانوا من مسالح نصبت للرباط أهلها، مقيمون للذب عن من وراءهم، أو كانوا من أهل حصن في رأس الثغر.

وإن كانوا من قرى مسكونة بعيالٍ فجأهم العدو، فركبوا في طلبه؛ قسم ما أصابوا بين كل من طلب القتال، ولو لم يدركه لا لمن لم يخرج.

ابن رُشْد: هذه مسألة حسنة ذكرها ابن سَحنون لأبيه فأعجبته.

ابن حبيب: عن أصحاب مالك: إن أغار عدو على بعض الثغور، فتداعى عليه المسلمون خمس ما غنموه منه؛ لأنه كالإيجاف، وباقي الغنيمة لأهل المكان الذين كانت فيهم الغارة، ولو تفرقوا في القرى، فأهل كل قرية أولى بما أصابوا، وفيه الخمس، إلا أن تكون قرى متقاربة يتلاحق تناصرهم، فهم فيه شركاء.

وفي الموازيَّة: لأشهب مثله.

سَحنون: إنما يقسم لمن خرج، وبرز للعدو لا لمن لم يبرز إلا أن يكون من أقام في القرى للخوف عليها، وعدة لمن خرج.

قال: ولو أغار العدو على مدينة على عشرة أميال منها، فخرجوا منها متفاوتين، فغنموا لم يدخل في ذلك إلا من برز من المدينة، وإن لم يبصرهم العدو لا لمن خرج بعد الوقعة، ولو كانت المدينة حرسًا كالمنستير والحصون التي على ساحلنا، ومثل بعض مواضع بالأندلس، فالغنيمة لمن برز، ومن لم يبرز؛ لأن هذه المواضع كجيش مجتمع.

وليحيى عن ابن القاسم مثله، ولسَحنون عن أشهب مثل هذه، وقال: لا شيء لمن لم يبرز، ولم يذكر إن كان ثغرًا أو محرسًا.

سَحنون: لو حبس الإمام حين خرج الناس من المدينة طائفة لحفظها؛ كان لهم حقهم في الغنيمة؛ لأنهم حبسهم لمصلحة المسلمين.

قال: ولو أن أهل طرطوس حين خرجت مراكبهم حبس الإمام من كل مركب نفرًا لحفظ المدينة لم يدخلوا فيما يغنمه الخارجون؛ لأن هؤلاء لم ينزل بهم عدو؛ بل هم خرجوا إليه، وأولئك نزل بهم العدو، فهم متظاهرون عليه.

وفي الموازيَّة: لو أتت مراكب الروم بلد الإسلام، فخرج إليهم مراكب المسلمين،

فقاتلوهم بالبحر بمرسى المدينة؛ فالغنيمة لمن قاتل بالبحر دون أهل البر، ولو نازلوهم في البر، فقاتلوهم فيه وفي البحر؛ فالغنيمة بين من حضر الحرب بالبر والبحر.

وفي كتاب ابن سَحنون: لو دخل العدو بعض مدننا، فقاتله أهلها على بابها، فما غنموه لهم دون من لم يخرج، ولو تأهبوا بالسلاح، فخرج بعضهم، والآخرون خلفهم متأهبون؛ فالغنيمة بين من حضر القتال، ولو لم يقاتل، ومن تأهب للقتال، ووقف على بابه لا يمنعه من التقرب لباب المدينة إلا الزحام؛ فله سهمه، وكذا إن انتهى الزحام لبابه، وهو واقف متسلح في داره، أو ركب فرسه قد فتح بابه أو أغلقه؛ فله سهمه؛ لأن إغلاقه بابه خوف تقحم الجميع عليه، ومن لم يتأهب للقتال لا سهم له، ولمن على السور يرمي بنبل، أو حجر، أو يحرض ويرهب سهمه.

ولو نزل العدو على أميال من المدينة، فخرجوا إليه، فلمن أمره الأمير أن يقف على بابها حفظًا من العدو سهمه، وأجاب سَحنون شجرة عن سفن أخذت جفنًا تركوه مع بعضهم؛ لتعذر سيرهم به، وانصرف سائرهم للغزو على أن يجتمعوا بمرسى معين، يقيم به من سبقه عشرين يومًا، ثم ينصرف لبلد الإسلام، فغنم المنصرفون، ثم سبقوا إلى محل الموعد، وانصرفوا بعد المدة المذكورة لبلد الإسلام أتى الآخرون وقد غنموا بأن ما غنماه أو أحدهما بينهما؛ لثبوت شركتهم لنصرة بعضهم بعضًا، ويقسم لمن مات بعد أن قاتل قتال الغنيمة قبلها اتفاقًا.

ابن رُشْد: في استحقاق القسم منها بمجرد الإدراب، وفي كل ما يغنم إلى قفول الجيش، ولو مات قبل لقاء العدو، أو بشهود القتال في كل ما غنم بعده مطلقًا، أو فيما غنم بقربه، رابعها: فيما غنم به فقط لابن الماجِشُون، وسماع يحيى ابن القاسم، وسماعه عيسى، ويشبه كون الرابع مذهبها.

قُلتُ: فيها: لمالك: إن مات قبل لقاء العدو قبل أن يغنموا لم يسهم لمن مات قبل الغنيمة، وإن مات بعد أن قاتل، وغنموا بعده أسهم له، وعزاه الشيخ لسَحنون وابن حارث لسماع يحيى ابن القاسم، ونقل الشيخ عن ابن حبيب عن أصحاب مالك: يقسم لمن مات بعد رؤية الحصن أو الجيش قبل قتاله فيما غنم فيه.

وبقربه يشبه أن يكون خامسًا.

وزاد عن ابن حبيب: أجمع أصحاب مالك إلا ابن الماجِشُون أنه لا يقسم لمن مات قبل القتال، فعزو ابن زرقون قول ابن الماجِشُون لسماع يحيى ابن القاسم خلافه، وخلاف نقل ابن رُشْد وابن حارث.

وللشيخ عن رواية عيسى عن ابن القاسم: إن تتابع القتال دون انقطاع؛ فله سهمه في كل ذلك، وقد يقاتل عشرة أيام، وهذا قريب.

قُلتُ: لم أجد في العتبيَّة: عشرة أيام.

وللشيخ عن سَحنون: من مات بعد قيام صفوفنا وصفوف العدو، وقبل المناشبة لم يسهم له.

ابن حارث لابنه عنه: لا حق لمن مات بعد القتال الأول، فيما غنم بقتال ثان.

قلت له: قد روي عن ابن القاسم: إن كان القتال متتابعًا وجب سهم الميت في كل ما غنم.

قال: لا أعرفه عنه إلا أن يكون من هزم ثانيًا هم من هزم ثالثًا؛ كالعسكر تنهزم طلائعه، ثم ميمنته، ثم ميسرته ثم قلبه، فسهم من مات خلال ذلك واجب، وللشيخ عنه: إن نزل المسلمون بحصن فيه حصون بعضها في بعض، ففتح الحصن الأول، ثم مات رجل أو قتل، ثم فتح حصنين بعده أو ثلاثة في يوم أو أيام؛ لم يسهم له إلا في غنيمة الحصن الأول، ثم قال عنه: لو كان للمدينة أرباض ولها أسوار، فأخذ الناس في قتال المدينة، ففتح الربض الأول، فصار العدو في الثاني، فأخذ الناس في قتاله في الثاني، وانتهب الربض الأول، فتمادوا حتى فتحوا الثاني، وانتقل العدو للثالث، وتمادى الناس في قتاله في غير فور واحد حتى فتحوا المدينة، فلمن مات أو قتل بعد أن أخذوا في قتال المدينة سهمه في جميع ذلك.

قُلتُ: قوله: هذا خلاف ظاهر قوله: في الحصن فيه حصون.

وللشيخ عن كتاب ابن سَحنون: من جن بعد الغنيمة يسهم له فيما مضى لا المستقبل.

محمد عن أشهب: إن ظفر بعدو بيده أسرى مسلمون أسهم لهم معهم في كل ما غنموا.

التونسي: جعل أشهب الذين أسروا شركاء في ذلك؛ لأن أصل خروجهم بالإيجاف، فصاروا كمن منع الحرب، كما لو أسر العدو رجلاً أصل دخوله بالإيجاف فأخذناه؛ فله سهمه.

قُلتُ: إن كان الأسير من جيش أخذناه فواضح، وإلا فالأظهر عدم القسم له كلقاء جيش جيشًا بعد أن غنم، وكل منهما غني عن الآخر لنقل الشيخ عن سَحنون: إن هرب أسرى من عدو لجيش بعد أن غنم، فلقيه عدو، فإن نجا الجيش بمعونة الأسارى؛ فالغنيمة بينهم وإلا فللجيش فقط، وله عن سَحنون في أبواب قسم الخيل: من أسر في قتال غنم بعده، وفي قتال غيره أسهم له من غنيمة قتاله فقط.

سَحنون: الردة كالموت، وما يورث عن الميت يورث عن المرتد كماله ويرجع له بتوبته.

وقسم الغنيمة

حظ الفارس: منها ثلاثة أمثال الراجل للخبر والعمل، وعللوه بكلفة نفسه وفرسه وخادمه.

الشيخ عن سَحنون: ينبغي للإمام كتب أهل الجيش للغنيمة إذا دنا من العدو وقبل السير إليه.

قُلتُ: به يحفظ حظ من يموت في القتال.

ونقل ابن عبد السلام عن بعض المؤلفين عن ابن وَهْب: للفارس ضعف ما للراجل كأبي حنيفة لا أعرفه؛ بل نقل ابن رُشْد المذهب قائلاً: اتفاقًا، ونقل الشيخ عن ابن وَهْب إسناده حديث حجة المذهب، وأكثر ابن المنذر من ذكر أحاديث حجة المذهب، وعزو القول بها للفقهاء والمحدثين، وقال: لا أعلم من خالف في ذلك إلا النعمان، وخالفه أصحابه، فبقي قوله مهجورًا مخالفًا للأخبار، وذكر المازري نحوه، والشأن في نقل الغريب تعيين قائله، ولعله التبس عليه ذلك بقول ابن وَهْب في الإسهام لفرسين، وفي القبس لابن العربي: يسهم لكل فرس سهم واحد عند أكثر العلماء.

وقيل: سهمان للفرس، والأول أصح، وله في عارضته حديث ابن عمر[1] رد على أبي حنيفة، ومن اغتر من علمائنا فقال: لا تفضلوا البهيمة على الآدمي.

الشيخ: روى ابن وَهْب: من غزا على حمار أو بغل أيأخذ فرسًا أعطي في السبيل؟.

قال: الحمار ضعيف، والبغل أقوى، ولا يأخذ الفرس إلا أن يعلم من نفسه القوة على التقدم إلى الأسنة.

وفيها: الرهيص كصحيح، وما مات قبل لقاء العدو لغو، وبعده يقسم له.

الباجي عن مالك: يسهم لما يدرب به رهيصًا.

قُلتُ: ولابن حارث في الإسهام للرهيص حيث اللقاء قولاً أشهب مع سَحنون، ونقل ابنه رواية ابن نافع.

الباجي: في الإسهام للفرس المريض قولا مالك والقرينين.

قُلتُ: عزاه اللخمي لروايتها، ولابن عبد الحَكم قائلاً بخلاف الرجل المريض؛ لأن فيه المشورة، ونقل ابن حارث فيه ما في الرهيص.

الباجي: لا يسهم لما أدرب به كسيرًا، ويسهم لما كسر بعد حضوره القتال، وفي الإسهام لما كسر قبله بعد الإدراب قولا أَصْبَغ مع أشهب، ومقتضى قول ابن الماجِشُون ومقتضى قول محمد.

الشيخ عن سَحنون: ما أدرب به مما لا يقاتل عليه لكبر أو صغر لغو، وينبغي للإمام أن لا يجيزه، فإن صار الصغير يقاتل عليه أسهم له من يومئذ.

ابن حبيب: الصغير الذي لا مركب فيه، ولا حمل لغو، وإن كان فيه بعض قوة

---

(1) أخرجه البخاري: 6 / 51 في الجهاد، باب سهام الفرس، وفي المغازي، باب غزوة خيبر، وقال عقب الرواية الأخيرة: وفسره نافع فقال: إذا كان مع الرجل فرس، فله ثلاثة أسهم، فإن لم يكن له فرس، فله سهم، ومسلم: رقم (1762) في الجهاد، باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين، والترمذي رقم (1554) في السير، باب ما جاء في سهم الخيل، وأبو داود: رقم (2733) في الجهاد، باب في سهمان الخيل، وابن ماجة: رقم (2854) في الجهاد، باب قسمة الغنائم، والدارمي في سننه: 2/225 و226 في السير، باب في سهمان الخيل، وأحمد في مسنده: 2 / 2 و 62 و 72 و 80، «أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أَسْهَمْ للرجل ولِفَرَسِهِ ثلاثَةَ أَسْهُمٍ: سهماً له، وسهْمَيْنِ لفرسِهِ».

أسهم له.

قُلتُ: إنما عزاه اللخمي لسَحنون في كتاب ابنه وضعفه بأنه أضعف من البرذون، ويرد بأن ضعف الصغير قريب الزوال، وقد يظن رائيه قوته، وفي القسم للفرس الثاني نقل الباجي عن سَحنون عن ابن وَهْب مع الشيخ عن ابن سَحنون، وابن حبيب عن ابن وَهْب وأبي عمر عن ابن الجهم، والمشهور، والثالث لغوه اتفاقًا.

الصقلي والشيخ: عن ابن حبيب: المعتبر في كون الفارس فارسًا كونه كذلك عند مشاهدة القتال، ولو أوجف راجلاً عند مالك وابن الماجِشُون قائلاً: من ركب فرسًا في لحمة القتال، فسهم الفرس لصاحبه لا له إلا أن يكون من خيل العدو؛ فلا سهم له.

وفيها: لابن القاسم: منع موت الفرس الإسهام، وعدم منعه كالآدمي، وكون الفرس لفارسه بحيث يقاتل عليه.

فيها: إن حملوا الخيل معهم في السفن، فلقوا العدو، فغنموا؛ فللفارس ثلاثة أسهم.

اللخمي: القياس عدم الإسهام لخيل السفن من غنيمتها؛ لأنها لم تقد للبحر، ولم تبلغ محل قتالها، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: يسهم لخيل غزاة قاتلوا على أرجلهم، وخيلهم في رحالهم لاستغنائهم عنها.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

سَحنون: من أدرب راكبًا حمارًا أو راجلاً وهو يقود فرسه؛ أسهم له.

الشيخ عن سَحنون: من خرج بفرسه للقتال، ثم أمر غلامه برد فرسه؛ فهو راجل، ولو رده العبد، ولم يخرج من معركة القتال حتى انهزم الكفار؛ فلربه سهم فارس في قول أشهب وسَحنون.

الباجي: لو حضر رجل ثان قتالاً على فرس بعد أول ثم غنم؛ فسهمه للأول إن اتحد المقاتل، واتصل قتاله عادة.

سَحنون: لمن حضر قتالاً على فرس يومًا، وحضره مبتاعه منه اليوم الثاني، ومبتاع ثان اليوم الثالث، ولم يغنم إلا فيه؛ فسهمه للأول؛ لأنه قتال واحد، وكذا لو كان بدل المبتاع وارث، ولو قاتل عليه الثاني في قتال مبتدأ؛ فسهمه له لا للأول.

اللخمي: يختلف إن باعه الأول بعد الإدراب قبل القتال، ثم قاتل عليه الثاني في كون سهمه له أو للأول.

وفيها: لابن القاسم قائلاً: لم أسمعه من مالك ذو البغل والحمار والبعير راجل.

ابن العربي: وذو الفيل.

وفي البراذين ثلاثة.

في الموطأ: كالخيل.

ابن حبيب: إن أشبهتها في الكر والفر.

وفيها: إن أجازها الإمام.

ابن حبيب: هي الخيل العظام.

الباجي: يريد الجافية الخلقة الغليظة الأعضاء، والعراب أضمر وأرق أعضاءً.

ابن سيده: البرذون معروف، والأنثى برذونة.

وفي الموطأ: هجين الخيل منها.

ولم يذكر ابن بشير في البرذون غير قول ابن حبيب، ثم قال: وكذلك الهجين وما في معناه، ونحوه قول الجلاب: الهجن، والبراذين كالخيل إن أجازها الإمام.

ابن حبيب: الهجين ما أبوه عربي، وأمه من البراذين.

المازري: فسر غير ابن حبيب البراذين بما كان أبوه وأمه نبطيين، فإن كانت الأم نبطية، والأب عربيًا؛ كان الفرس هجينًا، وإن كان بالعكس؛ كان الفرس معربًا، ومنهم من عكس هذا.

الشيخ عن سَحنون: أجمع أصحابنا أنه لا يرضخ لذي حمار أو بغل أو برذون؛ لم يجزه الوالي.

الباجي: روى ابن عبد الحكم: إناث الخيل كذكورها، وفي كتاب ابن سَحنون: إن أدرب رجلان بفرس لهما، فسهماه لمن قاتل عليه منهما، وعليه للآخر نصف أجرته لصاحبه إن عرف ذلك، وإلا اقتسما الجميع وتحالا، ولو ركبه أحدهما كل الطريق، وقاتل عليه الآخر؛ فسهماه له وعليه نصف أجرته، وله نصف أجر ركوبه في الطريق.

المازري: إن قاتلا عليه؛ فلكل منهما بقدر ما حضر من القتال عليه.

الشيخ: لو انفلت فرس من ربه بأرض العدو، فقاتل عليه غيره، فغنم، ففي كون سهمه لربه، أو لمن قاتل عليه نقل محمد عن أَصْبَغ مع ابن سَحنون عن ابن القاسم وسَحنون قائلاً: إلا أن ينفلت بعد شهود ربه عليه القتال؛ فهما له، ولا أجر للمتعدي.

التونسي: من غصب منه فرسه؛ فالصواب أن له سهمين، وقال أشهب: هما للغاصب، وعليه إجارة الفرس.

اللخمي: من غصب فرسًا من أرض الإسلام فسهماه له، ولو غصب قبل أن يقاتل عليه؛ ففي كونه كذلك أو لربه نقلا محمد قولي ابن القاسم، والقولان جاريان على القولين في المتعدى عليه، وعلى القول بأن من غصب دارًا، فأغلقها أو عبدًا، فأوقفه يغرم غلتهما، فسهما المغصوب لربه مطلقًا، ومن غصب فرسًا لذي فرسين، فسهماه لغاصبه، وعليه أجره، وكذا من غصب فرسًا من الغنيمة.

قُلتُ: ومن ثم خص ابن بشير الخلاف بغصب فرس الغازي، ولم يفرق بين كونه من أرض الإسلام أو الحرب.

ابن سَحنون عن ابن القاسم: لو شد القوم على دوابهم للقتال، فعدا رجل على فرس آخر؛ فسهماه لربه.

زاد محمد: وكذا لو تعدى عليه قبل القتال.

سَحنون: بل سهماه للمتعدي، وعليه أجر مثله إلا أن يأخذه بعد انتشاب القتال؛ فلربه.

ابن القاسم: لو عدا عليه بأرض الإسلام، أو بأرض العدو قبل حضور القتال؛ فسهماه للمتعدي ويضمنه.

سَحنون: هو كذلك في السهمين، وأما الضمان؛ فإن رده بحاله لم يضمنه وعليه أجره، وإن تغير أو عطب؛ فلربه تضمينه قيمته، أو أخذ أجره فيما استعمله فيه، وقاله أشهب.

قُلتُ: كلام ابن القاسم أصوب؛ لشموله ما لو رده بعد طول دون تغير، والمنصوص في المدَوَّنة في هذا ضمانه، والمسألة تشبه مسألة غصب الفرس للصيد عليه، أو التعدي عليه لذلك، وتقدم فيه بحث في الفرق بين التعدي والغصب مع أن المازري

هنا لم يعبر عن المسألة إلا بالغصب، وأجرى الخلاف على الخلاف في رد غلات المغصوب، وخلط اللخمي الغصب بالتعدي حيث أجرى الغصب عليه، ولفظ ابن القاسم في التعدي لا الغصب.

المازري: لو قاتل عبد على فرس سيده، فإن أسندنا السهمين للفرس؛ كانا لربه، وإن أسندناهما للفارس؛ فالعبد لا يسهم له، ولا نص فيها، وفيها نظر.

قُلتُ: لعل النظر كون القسم للفرس مشروطًا بكون فارسه من أهل القسم أو لا؟

وقوله: إن أسندنا السهمين للفرس كانا لربه؛ ظاهره سواء كان ربه غازيًا أو لا؟ ومقتضى ما تقدم إن لم يكن غازيًا لم يستحقهما.

اللخمي: المعار قبل القتال في كون سهميه للمعار، أو للمعير أحد قولي ابن القاسم مع مالك، وثانيهما: ولو أعاره بعد القتال عليه؛ فللمعير.

الشيخ عن سَحنون: سهما الفرس المعار للمعار، أعاره قبل الإدراب أو بعده، ولو أعاره في حومة القتال، فإن كان أوله قبل بيان الظفر؛ فهما للمعار، وإن كان في آخره بعد بيانه؛ فهما لربه، ثم رجع فقال: هما لمن ناشب عليه القتال أوله.

قُلتُ: الفرق بين المرجوع عنه وإليه أنه إن ناشب عليه ربه، ثم أعاره في أول القتال قبل بيان الظفر؛ فسهماه له على المرجوع إليه، وللمعار على المرجوع عنه.

وسمع القرينان في الوالي يعير بأرض الحرب فرسًا من خيله سهماه للغازي، وكذا لو اشتراه أو اكتراه أو تعدى عليه، أو وجده غائرًا في حومة القتال فقاتل عليه، وكذا لو أعاره إياه على أن سهمي الفرس بينهما، أو على أنهما لصاحب الفرس على أن عليه فيه أجرة مثله، ومن ليس له إلا فرس واحد، فتعدى عليه من قاتل عليه، وصاحبه حاضر، أو وجده في القتال غائرًا؛ فسهماه لصاحبه بخلاف الاشتراء والعارية والكراء والتعدي إذا لم يكن ربه حاضرًا، هذا على قول ابن القاسم، وروايته: أن السهم إنما يستحق بالقتال لا الإيجاف، وعلى قول ابن الماجِشُون: أنه يستحق بالإيجاف لا يكون لمن قاتل على فرس سهماه في شيء من هذه الوجوه إلا أن يوجف عليه، أو يصير بيده بحدثان

الإيجاف قبل مشاهدة القتال حتى يتمكن في كينونته له وفي يده.
الشيخ عن سَحنون: سهما الفرس المحبس للمحبس عليه.

[باب الغلول شرعاً]

الغلول: ابن العربي: هو الخيانة بأخذ الشيء للغيرعلى الاختفاء.
أبو عمر عن يعقوب: يقال في المغنم: غل يغل بالضم والكسر إذا خان.
الجوهري عن أبي عبيدة: الغلول من المغنم فقط، لا من الخيانة ولا الحقد؛ لأنه يقال في الخيانة: أغل، وفي الحقد: غل؛ ثلاثيًا يغل بالكسر، ومن الغلول يغل بالضم[1].
قُلتُ: هو عرفًا أخذ ما لم يبح الانتفاع به من الغنيمة قبل حوزها، فهو أخص منه لغة.
الأكثر: حرام إجماعًا.
ابن العربي: كبيرة.
عياض: لا خلاف أنه من الكبائر.
الشيخ: روى محمد: من ظهر عليه قبل أن يتوب؛ أدب وتصدق بها غل إن افترق الجيش، وإن لم يفترق؛ رد في المغنم، وأنكر مالك حرق رجله.
قُلتُ: هو نص قذفها.
ابن حبيب: يعاقب عقوبة شديدة.
سَحنون عن معن: لا بأس أن يصلى عليه.
الشيخ عن أَصْبَغ: لا يحرم سهمه، وهو في التلقين على أنه المذهب.
وسمع ابن القاسم جواب مالك عن عقوبته: إن تاب ورد ما غل: ما سمعت فيه

(1) قال الرَّصاع: قال الشيخ: هو عرفًا أخذ ما لم يبح الانتفاع به من الغنيمة قبل حوزها، واحترز مما أبيح فيها للضرورة، فإنه ليس بغلول كالطعام مطلقًا، ولا يحتاج إلى إذن الإمام، وقول الشيخ: عرفًا؛ أشار به إلى مخالفه لما وقع لابن العربي حيث قال: والغلول الخيانة بأخذ الشيء للغير على الاختفاء.
(قُلتُ): وهذا إنما هو في اللغة، وفي العرف ما أشار إليه الشيخ: في عرف الفقهاء، وقد يطلق العرف على غير عرف الفقهاء، كما وقع له في الوقت فتأمله، والله ينفعنا به.

بشيء، ولو عوقب؛ لكان لها أهلاً.

ابن القاسم: لا يؤدب.

سَحنون: كالمرتد، ومن رجع عن شهادته عند الحاكم.

ابن رُشْد: معنى قولي ابن القاسم وسَحنون: إن تاب قبل القسم، ورد ما غل في المغنم كمن رجع عن شهادته قبل الحكم، وقول مالك مثل ما في سرقتها فيمن رجع عن شهادته قبل الحكم، وادعى وهمًا وتشبيهًا، ولم يبن صدقه، ومن تاب بعد القسم، وافتراق الجيش؛ أدب عند جميعهم على قولهم في الشاهد يرجع بعد الحكم؛ لأن افتراق الجيش كنفوذ الحكم؛ بل هو أشد؛ لقدرته على الغرم للمحكوم عليه ما أتلف عليه، وعجزه عن ذلك في الجيش.

ابن حبيب: إن تنصل منه عند الموت، فإن كان أمرًا قريبًا، ولم يفترق الجيش؛ فهو من رأس ماله، وإن طال؛ فمن ثلثه.

والمباح الانتفاع به منها الطعام مطلقًا.

عياض: أجمع علماء المسلمين على إجازة أكل الطعام منها بأرض العدو بقدر الحاجة، وجمهورهم على عدم شرط إذن الإمام، وحكاية الزهري شرطه؛ لم يوافق عليه.

وفيها: الطعام والعلف والبقر والغنم بأرض الحرب جائز أكله، وأخذه للانتفاع به دون أمر الإمام.

الشيخ عن ابن حبيب: من السنة عدم قسم المطعم والمشرب، ومن أصابه؛ أحق به إلا أن يواسي به، أو يفضل عن حاجته، وله النفقة منه إلى منصرفه دون إذن الإمام، ولو نهاهم عنه، ثم اضطروا إليه؛ جاز لهم أكله، ولو أخذ الناس منه حاجتهم، وضم الإمام باقيه للمغنم؛ جاز لمن احتاج أكل ذلك.

ولا بأس بأكل طعام العدو قبل دعوته فيمن يدعى منهم.

وروى اللخمي لمن احتاج إلى طعام أخذه بعد جمعه الإمام دون إذنه.

ابن حبيب: لا بأس بما لت من السويق بسمنهم وعسلهم، وأكل جبنهم لا جبن المجوس، والمذهب نص القاضي تخصيص الإباحة بأهل الجيش، وقاله اللخمي بلفظ المقاتلين.

الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: والفلفل والدارصيني يحتاجه لطعامه كالطعام.

وفي كون ذبح الماشية للأكل كالطعام طريقان:

المازري والباجي: عن المذهب كالطعام، ورواه اللخمي، وتقدم نصها في الغنم والبقر.

محمد عن ابن القاسم: لهم أن يضحوا بالغنم، ولو أحرزت في الغنيمة، ولمن احتاج للحم أخذه من الغنم والبقر دون إذن، ويطرح الجلد في الغنيمة، فإن لم يكن له ثمن؛ صنع به ما شاء.

وله عن ابن حبيب: إذا لم يقدروا على البقر ونحوها إلا بالعقر؛ فلهم ذلك، ويأكلون ما لم يبلغ العقر مقتله.

ابن بشير: في لحوق الماشية بالطعام قولان.

قُلتُ: لا أعرف الثاني لأقدم منه.

الباجي: في كون ما ينتفع به ببقاء عينه كالفرس والسلاح والثوب كالطعام قول ابن القاسم وروايتا علي وابن وَهْب.

اللخمي: قال مالك مرة: له أخذ الفرس يقاتل عليه، ويركبه حتى يقفل إلى أهله أو يرده للغنيمة، وألحق به ابن القاسم السيف والثوب.

وروى علي وابن وَهْب منعه في الثلاثة، وأرى جوازه في الفرس والسيف للقتال بهما، ويردهما بانقضائه، ولا يقفل بهما، وإن كان القسم قبل القفول؛ كان عدم تأخيره أبين، وسهما الفرس له، وعليه أجر مثله، ولا ينتفع بالثوب بحال إلا أن يقوم عليه ليحاسب به.

قُلتُ: في قوله: وعليه أجر مثله مع إجازته له أخذه نظر، وكذا في قوله في الثوب: إلا أن يقوم عليه ليحاسب به إن أراد كون التقويم دون إذن الإمام.

وفي رواية علي وابن وَهْب فيها: لو جاز ذلك؛ لجاز أخذ العين يشتري بها ذلك، ورده عبد الحق بأنه بغير العين مع بقاء عينها، وفي العين بعد إتلافها.

وفيها: لابن القاسم: لا شيء على مستقرض طعام ممن أصابه ببلد الحرب لمقرضه.

اللخمي: لو كان الطعام قدر حاجته أيامًا، فأقرضه بعضه؛ ليأخذه وقت حاجته؛

فله ذلك، وعلى المعروف لو رده مستقرضه لتوهمه لزومه من طعام يملكه، ففي رجوعه به بشرط قيامه أو مطلقًا نقلا عبد الحق عن الجاري بمجالس بلده قياسًا على قولها: من أثاب من صدقته؛ لظن لزومه، وبعض القرويين مفرقًا بأن رد الطعام بالجبر لمكان شرطه، وفي الصدقة طوعًا لعدمه، وصوب الصقلي الأول.

عبد الحق: ولو رده من طعام أهل الحرب؛ فلا رجوع له فيه مطلقًا، وفي جواز بدل القمح بالشعير بين أهل الجيش متفاضلاً نقلا اللخمي عن سَحنون وابن أبي الغمر.

المازري: لو كان أحدهما من غير أهل الجيش؛ منع الربا.

وفيها: لا بأس بمنع من بيده قمح أو لحم أو عسل ما بيده آخر؛ صح بيده منها ما ليس بيد الأول حتى يعطيه ذلك مبادلة.

اللخمي: كره ابن حبيب بيع طعام ليشتري به طعامًا، ورأى الثمن مغنمًا.

وقال سَحنون عن بعض أصحابه: من باعه ليصرف ثمنه في كسوة أو سلاح، ولا شيء عنده؛ لا بأس عليه، كما لو أخذه من المغنم، فإن بلغ بلده؛ تصدق به، وإن كان ليتماثل ثمنه وله قدر؛ فهو مغنم.

الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: إن باع غازٍ طعامًا من غير غازٍ بطعام أو علف؛ فلا بأس به.

وروى أشهب كراهته، ولا وجه لها.

وقيل لأشهب: أيدفع منه لمن يحجمه؟.

قال: لا أحبه بشرط.

وفي كتاب ابن سَحنون: من آجر عبدًا بطعام من الفيء؛ غرم قيمته، وجعلها في الفيء.

وسمع سَحنون قول ابن القاسم وروايته: من باع طعامًا ممن يأكله ببلد الحرب، ثم علم بعد خروجه؛ رد للمغنم لا على المشتري، وإن رأى الإمام بيع الطعام لغنى الناس عنه ببلد الحرب وحاجتهم له ببلد الإسلام؛ فلا بأس به.

ابن رُشْد: لا خلاف في ذلك؛ لأن شرط إباحة الطعام الحاجة إليه.

وفيها: ما فضل من طعام بعد خروجه من بلد الحرب يتصدق بكثيره، ولا بأس

بأكله ليسيره.

اللخمي والباجي: إنما يتصدق به إن افترق الجيش وإلا رده للقسم.

ابن بشير: هو كمالٍ مجهولٍ مالكه يتصدق به على المشهور، ولو أوصى به بعد موته، فإن قرب أمره أو علم سببه؛ فمن رأس ماله وإلا فمن ثلثه.

قُلتُ: لا أعرفه إلا في الغلول كما مر لابن حبيب، ويشبه زكاة العين والفطر.

ونقل الصقلي والبرادعي مسألة المَدَوَّنة بلفظ: إذا خرج لبلده ومعه منه فضلة.

وزاد الصقلي عن محمد: يتصدق منه حتى يبقى اليسير، فيكون له أكله مع أهله، ولهذا الأصل اعتبار في كثير نقص كيل ما بيع على التصديق وزيادته، وحط بعض الثمن في المرابحة، وحط القليل المعتاد مما بلغ الثلث في الحوائح ونحو ذلك.

وسمع القرينان: من خرج بقربة أو عسل من بلد الحرب إلى بلده؛ لا بأس بأكله إن قل.

ابن رُشْد: هذا كقوله فيها.

العُتْبِيّ عن أَصْبَغ: من لت بأرض الحرب سويقه بإدام من المغنم، أو صبغ ثوبه منه، فخرج به لأرض الإسلام؛ لا شيء عليه فيما قل، وما كثر؛ كان شريكًا بقيمة ثوبه أو سويقه.

ابن رُشْد: هذا بين؛ لأن الصبغ واللتات غير قائمة في المرابحة والعيوب، والاستحقاق والسرقة، وغير ذلك، وفي مساواته بيسير الصبغ بالإدام نظرٌ؛ لأن له الخروج بيسير الإدام لا بما له من الصبغ ثمن، ولو قل لقوله ﷺ: **«شراك أو شراكان من نار»**(1).

وفيها: لا أرى بأسًا لمن احتاج لجلود من المغنم يأخذها يجعل منها نعالًا أو خفافًا

---

(1) أخرجه البخاري: 7/374 و375 في المغازي، باب غزوة خيبر، وفي الأيمان والنذور، باب هل يدخل في الأيمان والنذور الأرض والغنم والزروع والأمتعة، ومسلم: رقم (115) في الإيمان، باب غلظ تحريم الغلول، وأنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون، والموطأ: 2/459 في الجهاد، باب ما جاء في الغلول، وأبو داود: رقم (2711) في الجهاد، باب في تعظيم الغلول، والنسائي: 7/24 في الأيمان والنذور، باب هل تدخل الأرضون في المال إذا نذر؟

أو حزمًا أو أكفًا.

وسمع ابن القاسم: جلود ما ذبحه الغزاة بأرض الحرب تطرح في المقاسم إن كان لها ثمن، وإلا فلا بأس أن يأخذوها.

ابن رُشْد: يريد: وإن لم يحتاجوا إليها على ما قاله أول الرسم، وإن كان لها ثمن؛ لم يجز لهم أخذها إن لم يحتاجوا لها؛ لأنه غلول، وإن احتاجوا لها لشد قتب ونحوه فمنعه ابن نافع.

وروى ابن القاسم في المدنيَّة: لا بأس بأخذهم إياه، ومثله في الواضحة، وهو ظاهر المدَوَّنة.

وسمع القرينان: لا بأس بأخذ الغازي ما احتاج إليه من غرارةٍ وجلد وشيح.

قيل: إن أحدهم أتى بكبة خيط اشتراها بدانق طرحها في المغانم، ثم قال: هذا رياء.

ابن رُشْد: ما له من ذلك ثمن؛ فله أخذه إن احتاج إليه على ما في المدَوَّنة خلاف قول ابن نافع.

وفيها: ما نحته بأرض الحرب من سرج أو سهم، أو مشجب وشبهه؛ فهو له ولا يخمس.

القاسم وسالم: وكذا ثمن ما صاده من طير وسمك وفخار صنعه.

وسمع القرينان: شجر شأنها بأرض الحرب خفيف إن جيء بها لرب المقاسم لا يقبلها، وتبلغ بأرض الإسلام ثمنًا كثيرًا؛ لا بأس بأخذها.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قُلتُ: ذكرها المازري في القسم المختلف فيه.

ابن رُشْد: وما صنعه بأرض الحرب من سرج وسهام وما لا ثمن له إن قل؛ فلصانعه اتفاقًا، وإن كثر؛ ففي كونه كذلك أو فيئًا، ثالثها: له أجر عمله، وباقيه فيء لأحد قوليها وسماع سَحنون ابن القاسم وثاني قوليها.

قُلتُ: عزا ابن حارث الأول لإحدى روايتي ابن نافع والشيخ لابن حبيب قائلاً

منه ما صيد من طير ووحش وحوت، لا الصقور ولا البزاة، وما يصاد به مما يعظم قدره.

وعزا ابن حارث الثاني لإحدى روايتي ابن نافع والثالث لابن الماجِشُون وأَصْبَغ، وعزاه الشيخ لمحمد عن ابن القاسم قائلًا: وليس عليه قيمة الخشب؛ ليكون له السرج والتوابيت والرماح؛ لأن أجر عمله أقل والثمن أكثر، ولم يعزه التونسي، وقال: هذا على قول عبد الملك: من غصب خشبة، فعملها تابوتًا؛ لرب الخشبة أخذ التابوت حسن، وعلى قول ابن القاسم: يكون له قيمة المصنوع.

قُلتُ: يجاب بأن الغازي غير غاصب، فصنعته واردة على غير مضمون له، فقوي بقاء ملك المصنوع على ما كان عليه قبل الصنعة، والغاصب ضامن، فوردت صنعته على مضمون له، فقوي سبب فوته ودخوله في ملك صانعه.

ابن رُشْد: وما له ثمن من مباح أرض العدو غير محوز لبيوتهم كالمسن والدواء من الشجر والطير التي يصاد بها إذا صيدت في كونه، كما لا ثمن له أو كطعام غنيمة قولا ابن عبد الحَكم مع ابن وَهْب وابن حبيب مع نقله عن مالك وأصحابه، وسماع عيسى ابن القاسم.

وعبر الباجي عن قول ابن حبيب بأنه فيء.

ابن رُشْد: فلو صنع؛ فعلى الأول كالقسم الأول، وعلى الثاني في كونه فيئًا، وإلا قدر قيمة عمله قولان.

وسمع ابن القاسم: أخذ العصا والدواء من أرض العدو لا بأس به، والرخام والمسن فيه شك؛ لأنه لم يصل ذلك الموضع إلا بالجيش فلا أحبه.

ابن رُشْد: تفرقته بين ما ينبت وما لا ينبت على ما فسر به ابن القاسم قوله في المبسوطة قول ثالث لا يعضده أصل، ولا بأس بأخذ ما لا ثمن له من ذلك اتفاقًا.

الشيخ عن ابن سَحنون عنه: لا بأس بقبول أمير المؤمنين ما أهدى له أمير الروم وتكون له خاصة.

وقال الأوزاعي: هي للمسلمين، ويكافئ بمثلها من بيت المال.

سَحنون: لا مكافأة عليه.

الشيخ عن ابن حبيب: إن غزا الأمير الأعظم أو أقام، فما أهدى له أهل الحرب أو بعضهم أو طاغيتهم لجميع المسلمين، واختصاصه ﷺ بما أهدي له خاص به، ولذا لما أهدت امرأة ملك الروم إلى زوجة عمر رضي الله عنه جوهرًا مكافأة لها في ربعه طيب أهدتها إليها أخذ عمر الجوهر، فرده للمسلمين، وأعطى زوجته ثمن الطيب.

الشيخ عن سَحنون: وأمير الطائفة في قبول الهدية واختصاصه بها؛ كأمير المؤمنين إن كان الروم في منعة وقوة، وإلا فهي رشوة لا يحل قبولها.

الشيخ: عنه وعن أشهب ومحمد عن ابن القاسم: لا يقبلها أمير جيش من مسلم، أو ذمي تحت سلطانه، ويقبلها ممن ليس تحته من مسلم أو ذمي أو حربي، وهي له خاصة، وقاله ابن حبيب.

وزاد: قال أهل العلم: لا يقبلها ممن في عمله من مسلم أو ذمي إلا من صديق ملاطف مستغن عنه.

وروى ابن نافع في السرية: ترجع بالفاكهة، فيهدي أهلها للإمام منها لا بأس باليسير منه، وتركه أمثل.

قُلتُ: لعله؛ لأنهم لا يسوغ لهم إلا أكل اليسير والكثير يرد غنيمة، أو يتصدق به حسبما مر.

وسمع عيسى ابن القاسم: هدية العدو للإمام بأرض الحرب لجماعة الجيش؛ لأنها إنما تأتيه على وجه الخوف إلا أن يعلم أنها لقرابة أو مكافأة، فيختص بها، وأما الرجل من الجيش تأتيه الهدية؛ فهي له خاصة.

ابن رُشْد: لم يفرق بين إتيانها الإمام من الطاغية أو من حربي غيره، وذلك مفترق، إن أتته من الطاغية؛ فليست له اتفاقًا، وفي كونها غنيمة للجيش تخمس أو فيئًا لكل المسلمين؛ لا تخمس قولان لظاهر هذا السماع، والآتي على ما حكى ابن حبيب فيما أخذه والي الجيش صلحًا من الحصون ينزل عليها.

وإن أتته من حربي غيره، فروى أشهب: هي له خاصة إن كان الحربي لا يخاف منه، ولو أتته من طاغية أو غيره قبل أن يدرب في بلاد الحرب، فحكى الداودي أنها له خاصة، والصحيح المشهور المعلوم أنها فيء لجميع المسلمين، وما قبله ﷺ من هدايا

عظماء الكفار ككسرى، والمقوقس صاحب مصر، ومالك ذي يزن والنجاشي وغيره خاص به؛ لأنها كانت تأتيه إجلالاً له لحرمته وهيبة النبوة، ورد ﷺ على عياض بن حمار هديته وقال: «**إنا لا نقبل زبد الكفار**»(1).

قيل: لأنه كان من المشركين الذين لا يؤمنون بالبعث، فهم من العرب كالمجوس في العجم لا تؤكل ذبائحهم، ولا تنكح نساؤهم، وغيره ممن قبل هديته كانوا أهل كتاب.

وقيل: كان ذلك قبل نزول قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ﴾ الآية [الحشر: 6]، وأما الرجل من الجيش تأتيه الهدية بأرض الحرب من بعض قرابته وشبه ذلك؛ فهي له اتفاقًا.

الشيخ عن محمد عن مالك وأصحابه: تقسم الغنيمة ببلد الحرب إذا بلغ مجمع عسكرهم وواليهم، ولا ينتظر القفول.

محمد: وليس ذلك للسرية قبل أن تصل لعسكرها.

وقال عبد الملك: وحده إلا أن يخشى من ذلك من السرية ضيعة بيدارهم الانصراف؛ فلواليها أن يبيع؛ ليحوط من اشترى متاعه، ويمضي البيع على من غاب من الجيش.

قُلتُ: كذا ذكر الشيخ والباجي واللخمي انفراد عبد الملك بهذا، وإذا كان الأمر كما ذكر؛ فلا أظنه يخالفه فيه غيره.

الشيخ عن ابن حبيب: السنة قسم الغنيمة ببلد الحرب كفعله ﷺ والخلفاء بعده(2).

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3057) في الخراج والإمارة، باب في الإمام يقبل هدايا المشركين، والترمذي: رقم (1577) في السير، باب ما جاء في كراهية هدايا المشركين، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وهو كما قال، وأحمد في مسنده: (162/4)، وصححه ابن خزيمة.

(2) روى الأوزاعي: «أن رسول الله ﷺ لم يقسم غنيمة قط إلا في دار الشرك فمنها غنيمة بني المصطلق قسمها على مياههم وقسم غنيمة هوازن في دارهم وقسم غنيمة خيبر بخيبر وهم مشركون»، ثم لم يزل الناس من لدن النبي ﷺ إلى زمن عمر وعثمان، والخلفاء كلهم وجيوشهم في البر والبحر ما قسموا

وينبغي أن يؤذن الناس بذلك ويواعدهم لمكان يأمن فيه من كرة العدو.

وفيها: الشأن قسم الغنائم ببلد الحرب كفعله ﷺ والخلفاء بعده، وهم أولى برخصها، واستشكل بملزومية رخصها قلة كمية الإسهام، وملزومية عكسها عكسه.

وأجيب بتقرر ذلك في الخمس دون ملزوميته قلة الإسهام.

وفي الموازيَّة: يقسم الإمام كل صنف على خمسة أسهم بالقيمة، ثم يسهم عليها، فيكتب في سهم منها الخمس أو لله أو لرسوله.

قال أبو عمر: فعله ﷺ والأئمة، فيبيع الإمام للناس أربعة أخماسهم، وله بيع الجميع قبل القسم، ويخرج الخمس من الثمن.

قُلتُ: إنما يتم تعليل مالك فيها ببيع الجميع حسبما مر.

ابن سَحنون عنه: ينبغي بيع الإمام عروض الغنيمة بالعين ثم تقسم، فإن لم يجد من يشتري العروض قسمها أخماسًا، ثم على الغانمين.

ابن حبيب: قال أهل العلم: ما أمكن قسمه قسمه إن شاء، وما لم يمكن قسم ثمنه مع ما غنم من ذهب أو فضة، وله بيع الجميع، وقسم ثمنه، ولا يبيع إلا نقدًا إلا أن يكون ضررًا.

الباجي: في كون قسم الغنيمة ببيعها، وقسم ثمنها، أو بتخيير الإمام في ذلك، وقسم أعيانها قولا سَحنون -قائلًا: إلا أن يجد للعروض مشتريًا فيقسمها- ومحمد.

قُلتُ: الأول ظاهرها.

ابن حبيب: وبيعها الإمام بيع براءة إلا من قام قبل القسم، وافتراق الجيش؛ فلا بأس أن يقبله الإمام ويبيعه ببيان.

الشيخ: هذا استحسان غير لازم للإمام؛ لأنه عند أصحابنا بيع براءة.

قُلتُ: في عتقها الأول: في بيع ما أعتقه مدين لدينه بيع السلطان بالمدينة على خيار

غنيمة قط إلا حيث غنموها، وهذا معروف عند أهل السير والمغازي، فإن قيل: إنما قسم رسول الله ﷺ غنائم بني المصطلق في مياههم وهوازن في دارهم؛ لأنها كانت دار إسلام يدل على ذلك أن «النبي ﷺ بعث الوليد بن عقبة مصدقًا إليهم» فعلم أنهم كانوا مسلمين). انظر: المنتقى، للباجي: 176/3.

ثلاثة أيام إن وجد من يبيعه وإلا أنفذه.

وصفة قسمها قال محمد: يقسم الوصفاء خمسة أقسام، ثم النساء المتقاربات كذلك، ثم الرجال كذلك.

اللخمي: يجوز قسمها على ما في المدَوَّنة في العبيد في الخيل والثياب والأمتعة.

وقول محمد: فجعل الوصفاء بانفرادهم، والنساء كذلك حسن مع الكثرة.

وقيل: تجمع العبيد الذكور والإناث والصغار والكبار والمتاع في قسم واحد ابتداءً.

وقيل: إن لم يحمل كل صنف القسم، وما غنم مما ملكه كافر من مال مسلم يأخذه منه كرهًا إن حضر ربه قبل قسمه أخذه مجانًا.

ابن حارث: اتفاقًا، وإن عرف وغاب فطرق.

الشيخ عن سَحنون: يوقف له، ولو كان بالصين.

محمد: إن كان خيرًا لربه؛ بعثه بكراء، ونفقة فعله الإمام، وإلا وقف له ثمنه، ولزمه بيعه؛ لأنه بيع نظر.

اللخمي: إن لم يكن له حمل نقل إليه، وإلا فإن أتى أجر حمله على أكثره، أو لم يوجد من يحمله بعث له بثمنه، وإلا اكترى له عليه.

ابن بشير: في بيعه وبعثه في الروايات إشارة إلى خلاف فيه، وليس كذلك؛ بل ينظر الإمام لربه بالأصلح.

الباجي: روى ابن وَهْب فيما غاب ربه: إن عجز عن تسليمه له قسم.

اللخمي: لو علم البلد الذي أخذ منه؛ فظاهر قول مالك وابن القاسم قسمه.

البرقي: وعبيد إن وجد عليه: هذا لفلان بن فلان ككتان مصر وقف حتى يكشف عنه ببلده، فإن لم يعلم ربه؛ قسم، ولو عرفه واحد من العسكر؛ لم يقسم.

قُلتُ: عزا الشيخ الأول لسَحنون، ولم يحك غيره، ولو جهل عين ربه؛ ففي قسمه ووقفه رجاء أن يعرف كاللقطة، فإن لم يعرف؛ قسم ثالثها حتى يأتي ربه لها.

وللخمي عن محمد والباجي عن القاضي، ولم ينقل أحدهما ما نقل الآخر، ونقلهما المازري، وعزا الثاني للمدَوَّنة، وعبر عن الثالث بوقفه كاللقطة مطلقًا.

وفي أخذه ربه إن حضر بموجب الاستحقاق طرقٌ، مقتضى نقل اللخمي عن المذهب ومحمد: بعثه لربه الغائب عدم يمينه.

المازري: كالاستحقاق في إثبات ملكه ويمينه.

ابن بشير: في وقفه عليه وأخذه إياه بمجرد دعواه مع يمينه قولا ابن شعبان، والتخريج على ملك الغنيمة بالقسم لا بملكه قبله.

وفيها: ما أدركه مسلم أو ذمي من ماله قبل قسمه أخذه بغير شيء، وهذا يبين لك الحق في قول ابن عبد السلام: عبارة ابن الحاجب: وإذا ثبت أن في الغنيمة مال مسلم أو ذمي مخالفة لعبارة أهل المذهب: إن عرف ربه؛ لأن لفظ الثبوت إنما يستعمل فيما هو سبب للاستحقاق كالبينة ولفظ المعرفة، والاعتراف فيما دون ذلك.

وسمع أبو زيد ابن القاسم في عبد نصراني أبق من ربه النصراني لأرض الحرب، فأسلم بها، ثم غنمه المسلمون: هو حر لا يقسم.

ابن رُشْد: هذا خلاف أصل المذهب في مساواة مال المسلم الذمي، ولو باع الإمام ما عرف ربه؛ فعبارتان.

الشيخ: إن باعه جهلًا أو عمدًا؛ ففي أخذه مجانًا أو بثمنه قولا ابن القاسم وسَحنون محتجًا بأنه قضاء بمختلف فيه، وهو قول الأوزاعي.

ابن محرز: إن باعه جهلا أو تأولًا؛ ففي أخذه ربه مجانًا أو بثمنه نقل ابن محرز عن بعض أصحابنا وابنه محتجًا بما تقدم، وتعقبه ابن محرز بأن حكم الحاكم جهلًا أو قصدًا للباطل يوجب نقضه، وإن وافق قول قائل؛ لأن حكمه كذلك باطل إجماعًا.

الصقلي عن أشهب: ما علم ربه، وقدر على إيصاله له دون كبير مؤنة كعبد وسيف، فباعوه لأنفسهم؛ له أخذه مجانًا.

وعن ابن حبيب: ما بيع وربه معروف لغيبته؛ أخذه مجانًا، وما أدركه ربه مما بيع أو قسم لجهله؛ ففي أولوية ربه به بعوضه وفوته معروف المذهب، ونقل ابن زرقون رواية أبي القاسم الجوهري، وعلى الأول قال الباجي: ما قسم دون بيع؛ أخذه ربه بقيمته.

قُلتُ: يوم القسم، ووجه معروف المذهب بأن بيعه الإمام، وقسم ثمنه ليس إبطالًا لحق ربه، ولو حكم بإبطاله؛ ففي منع ربه أخذه قولا سَحنون وابن القاسم.

أبو عمر: ما تغير بنقص أو زيادة كباق بحاله؛ لأنه مستحق بسبب قديم كالشفعة.

وفيها مع غيرها: مال الذمي في ذلك كالمسلم.

العُتْبِيّ عن أَصْبَغ: لو هرب عبد من مغنم، فغنمه جيش آخر؛ رد للأول مجانًا، ولا يخمس مرتين إلا أن ينفلت قرب أخذه قبل استحكام الغنيمة؛ كانفلاته من رباط وانسلاله مختفيًا.

ابن سَحنون عن ابن القاسم: لو لقي العدو مسلمًا، فخافهم فصالحهم على سلاحه ودابته، ثم غنم ذلك؛ فهو لغانمه لملك الحربي إياه.

الشيخ: رآه فداءً.

سَحنون: وكذا لو صالح أهل حصن عدوًا على تسليمه، وتسليم الكراع والسلاح، فأخذوه وبعدوا به إلى بلدهم ثم غنم.

و لو غنمت سرية غنيمة عدو غنيمة سرية قبل قسمها؛ فطريقان.

الشيخ: في كون الغانمة أخيرًا أحق بها، أو الأولى نقلا سَحنون مصوبًا الثاني قائلاً: لو كان بعد قسمها الأولى؛ فهي أحق اتفاقًا.

ابن حارث: في كون الآخرة أحق بها أو الأولى ثالثها: إن لم تكن وصلت الأولى بها لمأمنها، ورابعها: إن كان العدو الذي غنمها من الأولى هو من غنمتها منه، أو غيره ومذهبه؛ ردها لأربابها لأول قولي سَحنون، وثانيها أول قولي ابنه وثانيها.

قُلتُ: بناءً على ملك الغنيمة بمجرد الحوز أو مع القسم، وما أهداه ربه لعدو أو باعه منه، ثم غنم؛ لم يرد له.

ابن بشير: ولو غصب ثمنه.

والفرس يوجد في مغنم في فخذه حبس: في قسمه وتركه حبسًا نقل الشيخ عن العُتْبِيّ عن أَصْبَغ مع سَحنون وعن ابنه قائلاً: وكذا لو لم يكن في فخذه إلا فيه؛ فهو حبس إن استوقن أنه من خيل الإسلام.

ابن حبيب: وسلاح المسلمين يوجد في المغنم؛ كمتاع يوجد فيه فما عرفه ربه أخذه ومنع بيعه؛ لأن برميه صار كالحبس، وصوب سَحنون قول يحيى: ما أدركه من دنانير ودراهم، وتبر له أخذه، وقسمه فوتٌ؛ لأنه إنما يعطى مثله.

ولو تعدد بيع ما ربه أحق به بثمنه فطرق:

ابن محرز والشيخ: في أخذه بأي ثمن شاء، أو بالأول قولا سَحنون وابن القاسم، وإليه رجع سَحنون، وفرق بينه وبين الشفعة بأنه لو سلم البيع الأول في الشفعة لم يمنع أخذه بالثاني، ولو سلم البيع الأول فيما غنم منعه.

اللخمي: قولان، ويتخرج فوته بالبيع الثاني على فوته به فيما اشتراه مسلم من حربي ببلده من مال مسلم.

قُلتُ: قد يرد بأنه ابتيع ممن لو أسلم عليه؛ لم يؤخذ منه بحال بخلاف ما غنم، ثم رأيت لعبد الحق: فرق بعض القرويين بأن ما بيع في المقاسم أخذ من العدو قهرًا، فكان أقوى في رده لربه بخلاف ما أخذ منه طوعًا، ونحوه لابن بشير.

ابن رُشْد: في قصر حق ربه على فضل ما بين الثمنين، وأخذه بالثمن الأخير، أو بأي ثمن شاء، رابعها: بالثمن الأول للتخريج من قوله.

فيها فيمن قدم بعد مسلم اشتراه من حربي بدار الحرب وقول الغير فيه، ولابن القاسم مع ابن الماجِشُون، وأحد قولي سَحنون وسماعه ابن القاسم، وسمعه سَحنون لو تعدد بيعه، ثم سبي ثانية، فوقع في سهم رجل: فالمسبي منه أخيرًا أحق به بما وقع به في سهم من هو بيده، فإن تركه؛ فللمسبي منه أولًا أخذه بذلك لا بما وقع به في القسم الأول؛ لأن الملك الثاني أحق به من الأول.

ابن رُشْد: في أكثر الكتب بدل: (إن تركه): (إن أخذه)، وكذا نقله التونسي، ووجهه بأنه إن أراد أن ما فداه به الثاني لغو، كما لو فداه ممن جنى عنده، ويأخذه الأول بما أخرج هذا فيه في القسم الأول؛ فله وجه.

ابن رُشْد: وهذا لا يستقيم على نص المسألة؛ فهو غلط في الرواية، والصواب لفظ: إن تركه.

قُلتُ: نقله الشيخ بلفظ الأكثر ولم يتعقبه، ونقله الصقلي به وتعقبه بقوله: إذا كان للأول أخذه من الثاني؛ فلا معنى لقوله: الثاني أحق به؛ بل صار الأول أحق به.

ابن رُشْد: وقيل: الأول أحق به، وعليه، ففي أخذه بالأكثر مما وقع به في القسمين يبدأ فيه ما أخذ به في القسم الثاني، فما فضل كان لما أخذ به في القسم الأول، أو بما وقع

به في القسمين معًا قولا سَحنون ومحمد.

الشيخ عن الموازيَّة: لو ابتاعه رجل من المغنم بمائة، فسبي، فغنم، فابتاعه آخر بخمسين؛ لم يأخذه ربه إلا بمائة لمبتاعه الأول، وخمسين لمبتاعه الثاني، فإن تركه؛ فلمبتاعه الأول أخذه بخمسين، فإن تركه للثاني؛ فلربه أخذه منه بخمسين، ولو أخذه المبتاع الأول من الثاني بخمسين؛ لم يأخذه منه ربه إلا بمائة وخمسين، ويستشكل أخذه ربه من المبتاع الأول بعد تركه؛ لأنه كشفعة تركها.

ويجاب بأن تركه أولًا لرجائه تركه المبتاع الأول، فيأخذه بخمسين فقط، فصار كشفعة تركت لثمن بان أنه أقل، وله عن كتاب ابن سَحنون عن أشهب: لو ابتاعه رجل من المغنم بمائة، فسبي، فغنم، فابتاعه آخر بخمسين، فغنم، فابتاعه ثالث بعشرة؛ فلربه أخذه بمائة يبدأ فيها الأخير ثم الثاني، فيبقى منها للأول أربعون، ولو كان على العكس؛ أخذها الأخير، وسقط ما قبله، ولو أسلمه ربه؛ فالأخير أحق به.

ابن رُشْد: لو جنى عند ربه، فسبي، فغنم، ففي أخذه ربه بالأكثر مما وقع به في المقاسم والأرش أو بهما التخريج على قولي سَحنون ومحمد.

قُلتُ: للشيخ عن كتابه: لو كان جنى قبل سبيه جنايتين على رجلين؛ لم يأخذه ربه إلا بالأرش، وبما وقع به في المغانم، فإن تركه؛ فلمبتاعه فداؤه بالأرش.

وقيل: المجني عليهما أحق به بدفع ما وقع به في المغانم يغرمانه على قدر محاصتهما فيه بأرشيهما، وليس لأحدهما أخذ مصابه منه بما ينوبه، وله أخذ جميعه إن سلم صاحبه منابه، ولو فداه أحدهما دون علم صاحبه؛ فله الدخول عليه فيه، ولو لم يعترفه ربه حتى فدياه؛ فله أخذه بما فدياه وأرشيهما أو مصابة أحدهما فقط بما ينوبه من ذلك.

الشيخ عن سَحنون: لو وقع في مغنم مأذون له مدينٍ جانٍ؛ فلربه أخذه بأكثر ما وقع به في القسم والأرش نفع يبدأ به ما وقع به.

الشيخ: تقدم لابن القاسم غيره.

وعن يحيى: ديته وجنايته خطأً لا يلحقانه وجنايته عمدًا لا تبطل.

سَحنون: تفرقته بين الجنايتين تناقض، والدين لا يسقط من ذمته.

قال: ووقوع العبد الرَّهن في المغانم كجنايته، إن فداه ربه؛ بقي رهنًا، وإلا

فللراهن فداؤه يقدم فيه بفدائه على ما هو رهن فيه.

أم الولد: الشيخ عن سَحنون والباجي واللخمي عن المذهب: إن عرفت في مغنم؛ لم تقسم.

اللخمي: إن قسمت بعد معرفة أنها أم ولد؛ أخذها ربها مجانًا، وقبله.

قال الباجي: في الموطإ: يفديها الإمام.

وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: يفديها ربها جبرًا، وعزاه اللخمي لها.

ابن بشير: بناءً على تغليب حكم الحرية أو الرق، وعلى خطأ الإمام في القسم هل يوجب غرمه أم لا؟.

وفي فدائه بثمنها إن ابتيعت في مغنم، أو من حربي، أو بالأقل منه، أو من قيمتها قولها مع الشيخ عن محمد، وسَحنون، وأَصْبَغ، وابن وَهْب، وابن القاسم، ورواياته، وأشهب مع المغيرة، وعبد الملك قائلاً: من هي بيده أحق بها في يد ربها من غرمائه، ولو كان عديمًا؛ اتبع بها يجب عند قائله فيها وفي غيرها.

قُلتُ: للشيخ في آخر فصل المدبر عن محمد عن ابن القاسم: يأخذها ربها بقيمتها، ولم يفسرها بالثمن وتبعه الصقلي.

اللخمي: روى ابن وَهْب وأشهب: إن أعتقها مشتريها؛ أخذت منه مجانًا.

سَحنون: هذا إن أعتقها عالمًا أنها أم ول،د وإلا فكما لم يعتقها، ولو أولدها أخذها ربها بالثمن، وقاصه بقيمة ولدها على أنه ولد أم ولد.

الشيخ عن سَحنون: لو تكرر سبيها وشراؤها؛ فربها أولى بها بأكثر أثمانها يبدأ فيه مبتاعها أخيرًا.

قُلتُ: في قوله: أولى بها؛ نظرٌ، والصواب: فعليه فداؤها.

سَحنون: والشيخ في آخر فصل المدبر: عن ابن سَحنون:

قُلتُ: روي عن أشهب: إن أسلم عليها حربي؛ ردت على ربها.

قال: لا أعرفه لأحد من أصحابنا، وهو غلط عنه، ولو أسلم عليها حربي؛ أخذها ربها بقيمتها.

ولو مات ربها قبل أن يعلم بها؛ عتقت، ولم تتبع بشيء بخلاف الجناية.

قالوا: لأنها فعلها، ولا يرد بها لو أبقت للعدو؛ لأن سبب الغرم وقوعها في المغنم، والمعتبر السبب المباشر.

وقول ابن بشير: (لو مات ربها قبل الفداء فهل تتبع بشيء أم لا؟؛ لأنها تخرج بموت سيدها حرة)، يقتضي أن في ذلك خلافًا، ولو ماتت بيد من صارت له؛ فلا شيء له كالجناية، ومن وطئ أمة، فسبيت، فغنمت ومعها ولد ألحقته به، فإن لم يدع استبراءها؛ صارت له أم ولد، ويجبر على فكاكها إن ثبت أنها ولدته، وربما بان لي أنها مصدقة فيه، ولا قيمة عليه فيه كحر وقع في مغنم، وإنما يلزمه إذا فدي به من العدو، وما فدى به.

قُلتُ: كذا ذكره الشيخ ولم يتعقبه، والمعروف أن الأب لا يلزمه ما فدى به ابنه، والصغير لا يلزمه غير ما جنى، وليس فداؤه بجناية.

سَحنون: وإن ادعى استبراءً لم يلحقه، وهي أمة غنمت.

وفي كون ولدها فيئًا لا تباع دونه أو كعبد له غنم قولا أشهب وابن القاسم مع غيره، ولو وطئها، ثم سبيت، فوطئها علج أسلم عليها، فإن وطئها بعد ما فيه استبراؤها؛ فالولد له، وإن وطئها في طهر وولدته لما يشبه أنه منهما دعي له القافة إن ألحقته بربها، فكها ممن أسلم عليها، وإن ألحقته به؛ فهي أم ولده، وإن أشركتهما فيه، فقال ابن القاسم: يوالي إذا كبر من شاء منهما.

وابن الماجِشُون: يدعى له قائف أبدًا حتى يخصه بأحدهما.

المعتق لأجل: الشيخ عن سَحنون واللخمي عن المذهب: إن عرف ربه وقف له، وإلا جعلت خدمته في المغنم، فإن جاء ربه؛ خير في فدائها وإسلامها لمشتريها.

اللخمي: إن استخدمه مشتريه للأجل؛ خرج حرًا، ولا شيء لربه، وإن أتى بعد نصف خدمتهح خير في الباقي، ولو بيعت رقبته، ثم علم به؛ فلربه فداؤه، فإن تركه؛ صار حق مشتريه في خدمته يحاسب بها في ثمنه، ويخرج حرًا، ومثله للشيخ عن كتاب ابن سَحنون، ولو حل أجله قبل استيفائه؛ ففي اتباعه مبتاعه بثمنه، نقل الشيخ روايتي محمد وأبي زيد عن ابن القاسم، وإليها رجع مع الصقلي عن محمد.

وقال اللخمي: يختلف في اتباعه؛ كحر بيع في المغنم، ولو استوفاه قبل أجله؛

فللصقلي مع الشيخ عن سَحنون: رجع لربه.

اللخمي: يختلف فيه.

ابن الحاجب: إن قسم، فأسلمه ربه؛ كان إسلامًا لخدمته فقط إلى أجله فقط.

وقيل: إلا أن يستوفي ثمنه قبله، فيرد لربه، فإن بقي شيء؛ ففي اتباع العبد به قولان فقبله ابن هارون.

وقول ابن عبد السلام: نقله أخذ جميع خدمته، ولو زادت على ما وقع به في القسم، ونقله اتباعه بما بقي من ثمنه إن خرج حرًا خلاف نقل الأشياخ تخصيص هذين القولين بما اشتري من العدو دون ما وقع في القسم يرد بأن الأول حكاه اللخمي فيما بيع بلفظ يختلف حسبما مر، والقول الثاني فيه حكاه الشيخ، واللخمي، والصقلي، ونقله عن الأشياخ.

وذكر القولين فيما اشتري من العدو لا أعرفه؛ بل نقل اللخمي: لو فداه رجل من العدو، وأسلمه ربه، وانقضى الأجل؛ اتبع بباقي فدائه قولًا واحدًا؛ لأن الحر هنا يتبع بما فدي به.

سَحنون: ولو أعتقه من وقع في سهمه؛ ففي لغوه مطلقًا، أو إن كان ما أخذه به أقل من خدمته.

نقل ابن سَحنون عن بعض أصحابنا وأبيه.

الصقلي مع الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: إن أعتقه مشتريه من مغنم نقض عتقه، وأخذه ربه بقيمته، وإن كان عديمًا اتبع به دينًا.

أَصْبَغ: ليس له نقضه، ولو فداه رجل من حربي؛ خير ربه، فإن تركه؛ صار حق فاديه في خدمته، فإن حل أجله عتق، وفي اتباعه بكل ما فداه به، أو بما بقي منه بعد الخدمة نقلا الصقلي عن سَحنون ومحمد، وعليهما لو استوفى فداءه منها قبل أجله، ففي كون باقيها له أو لربه قولاهما.

سَحنون: ولا يتبعه ربه بما به فداه أو خدمته.

الشيخ عن ابن سَحنون عنه: من فدى معتقة لأجل فأولدها، فإن فداها ربها قاصه في فدائها بقيمة ولدها على أنه ولد أم ولد.

الصقلي: كذا وقع في النوادر على أنه ولد أم ولد، وصوابه: ولو معتقة لأجل.

سَحنون: وإن أسلمها؛ فعلى الواطئ قيمة ولده، وكذا لو أولدها من أخذها في قسم، ولو أسلم عليها حربي ملك خدمته، ولا خيار لربه، ولو أسلم على معتقة لأجل، وأولدها غرم قيمة ولدها على أنه معتق لأجلها.

قُلتُ: هذا منه نص في صحة تعقب الصقلي قوله على أنه ولد أم ولد.

ابن سَحنون: قلت له: كيف يغرم قيمة ولدها، وقد ملك منها ما كان يملك ربها قال: لم يملكها ملكًا تامًا.

سَحنون: ولو قتلت؛ فقيمتها لمن أسلم عليها.

قُلتُ: هذا يوجب تمام ملكه إياها.

قال: وولدها من غيره مثلها في الخدمة.

المدبر يقع في المغنم: في تدبيرها: إن عرف ربه؛ رد له.

الشيخ عن سَحنون: إن جهل جعلت خدمته في القسم، وفي كتاب آخر: توقف خدمته لافتراق الجيش، وإنما تتم الشهادة فيه بقولهم: أشهدنا قوم يسمونهم أن سيده دبره، ولم نسألهم عن اسم ربه، أو سموه ونسيناه.

قُلتُ: وكذا في أم الولد والمعتق لأجل.

الصقلي عن الشيخ: يريد سَحنون بجعل خدمته في القسم: أنه يؤاجر بقدر قيمة رقبته تجعل في القسم، أو يتصدق بها إن افترق الجيش، فإن تمت خدمة إجارته؛ صار خراجه لقطة.

وفيها: إن قسم لجهل تدبيره؛ فلربه أخذه بالثمن، فيعود لحال تدبيره، فإن تركه؛ قدم من صار له فيما أخذه فيه.

وقول اللخمي: المشهور بقاء تدبيره، ولابن القاسم: أنه رق لمشتريه بخلاف نقل ابن حارث الاتفاق على بقاء حكم تدبيره، ونقله عن محمد: إن أسلم ربه، فخدمته حياة ربه خلاف نقل ابن حارث الاتفاق على رجوعه لربه إن استوفى مشتريه من خدمته ما يجب له، فإن عتق كله أو محمل الثلث منه لموت ربه.

ففي إتباعه بباقي ما أخذ به قولا ابن القاسم وغيره فيها مع الصقلي عن محمد عن

ابن الماجِشُون: وما رق منه لمن هو بيده لا حق لوارث مدبره فيه بخلاف الجناية، ففرق الصقلي بما حاصله أن المشتري دخل على ملك رقبته، فوجب ملكه ما صح ملكه فيها، وفي الجناية لم يتعلق حق المجني عليه إلا بالخدمة دون قصد دخول على ملك الرقبة، فلم يتعلق بها إلا أن يسلمها وارثها.

ثم قال: يحتمل كون تفرقته اختلاف قول: ولو اشترى من بلد الحرب، وأسلمه ربه؛ ففي اتباع ما عتق منه بجميع ثمنه أو بباقيه عما اختدمه فيه نقلا الصقلي عن ابن سَحنون عن ابن الماجِشُون ومحمد عنه.

سَحنون: لو أسلم حربي عليه ملك كل خدمته، وما رق منه بموت ربه، ولو بدين استغرق كل ماله، ولا يتبع ما عتق منه بشيء.

ولو حملت مدبرة ممن أسلم عليها، أو ابتاعها من حربي، أو مغنم؛ صارت له أم ولد، وبطل تدبيرها، ولو دبرها من ابتاعها من حربي، فإن فداها ربها؛ بقيت مدبرة له وبطل الثاني، وإن تركها له؛ بقيت تخدم مبتاعها، فإن مات الأول وحملها ثلثه عتقت، وتبعها الثاني بكل ما فداها به؛ لا يسقط عنها بعتقها في ثلثه، ولو لم يقبضه؛ لأنه حكم تم، ولو استغرق تركة الأول دين عليه؛ بقيت مدبرة على الثاني، إن عتقت في ثلثه تبعها وارثه بكل ما فداها به، وإن عتق بعضها تبع وارثه ما عتق منه بحصته، ولو عتق نصفها في ثلث الأول؛ تبعه الثاني بنصف الثاني، وبقي نصفها مدبرًا له يعتق في ثلثه، ويتبع ببقية الفداء.

الصقلي: قوله: يتبع بكل الفداء على روايته عن ابن الماجِشُون، وعلى رواية محمد عنه إنما يتبع بما بقي بعد محاسبته بما أخذ في قيمتها.

سَحنون: لو دبرها من صارت في سهمه؛ بطل تدبيره، ولو أسلمها ربها؛ لأنه إنما أسلم خدمتها تحسك في ثمنها.

الشيخ عن ابن سجنون: يلزم عبد الملك إجازة تدبيره إياها؛ لأنه يرى خدمتها له إن تركها ربها مدة حياته.

سَحنون: ولو أسلم عليها حربي، ثم دبرها؛ جاز، واختدمها دون ربها، فإن مات دون ربها؛ عتقت في ثلثه، ولم تتبع بشيء كحر أسلم عليه، وإن حمل بعضها؛ فباقيها

مدبر على الثاني يعتق في ثلثه، ولا يتبع بشيء، وإن استغرق دينه تركته؛ بيع لغرمائه، ولو مات من أسلم عليها أولاً؛ عتقت في ثلثه، ولم تتبع بشيء، وله ولاؤها، وإن أحاط دينه بتركته؛ بقيت بيد وارثه لموت الأول، فتعتق في ثلثه، وما عجز عنه ثلثه؛ رق لوارث من أسلم عليها.

محمد عن ابن القاسم: لو أعتقها مبتاعها من مغنم؛ نفذ عتقه.

ابن سَحنون عنه: لو جنى، ثم أسر، فغنم، فوقع في سهم رجل؛ فلربه أخذ خدمته بالأكثر مما وقع به في القسم والجناية، ثم يفعل ما ذكرنا في العبد، فإن تركه؛ فللمجني عليه أخذه بما وقع به في القسم يختدمه به أولاً، ثم به بالجناية، فإن استوفاهما؛ عاد لربه، وإن مات ربه؛ تبعه المجني عليه في عتق كله في ثلث ربه بباقي ذلك، وفي عتق بعضه بمنابه من ذلك، ورق له باقيه، فإن تركه المجني عليه؛ اختدمه من صار في سهمه بما صار عنه فيه، فإن استوفاه؛ عاد للمجني عليه يختدمه في جنايته إن استوفاها عاد لربه، وإن مات ربه قبل استيفائه مع ما وقع به في سهمه تبعه في عتق كله بباقيه، والمجني عليه بالجناية.

وفي عتق بعضه بمنابه منهما، ورق باقيه لمن هو بيده، ولو استوفى من وقع في سهمه ما وقع به فيه، ومات ربه بعد أخذه المجني عليه تبعه في عتق كله بباقي الجناية، وفي عتق بعضه بمنابه منها ورق له باقيه، ولا خيار لوارث ربه فيما رق منه في الجميع.

والمكاتب: فيها: إن غنم؛ رد لربه، ولو كان ذميًا، غاب أو حضر، وإن جهل؛ بيعت كتابته يؤديها لمن صارت له؛ ليخرج حرًا وولاؤه لربه، وإن عجز؛ رق لمن صارت له.

زاد ابن سَحنون: والشهادة بأنه مكاتب كما مر في المدبر، وشهادة السماع فيه لغو.

الصقلي: لو أتى ربه بعد قبض مبتاع كتابته بعضها، ففي كون حقه في أخذ باقيها بالجزء المسمى للخارج من تسمية قيمته من قيمتها، لا من تسمية عدده من عدد كتابته من ثمنها، أو في أخذه مع ما قبض منها بكل ثمنها؛ لأنها كعرض بيع قولا بعض فقهائنا، وبعض أصحابنا عائبًا الأول، ورجحه الصقلي بأن مبتاعها أدى مالاً عاجلاً في مؤجل لرجاء ربح فيه.

ولو مات عن مال؛ ففي أخذ ربه فضله عن ثمنها، أو ثمن الكتابة معجلة لمبتاعها، نقل الصقلي عن بعض أصحابنا قوله: محتجًا بأنه لو لم يترك شيئًا خاب مبتاعها، ومن عليه التوى له النماء.

قُلتُ: وقد قال مالك: لو مات مكاتب بيعت كتابته قبل أدائها؛ فماله لمبتاعها؛ لأنه لو عجز رق له، فلو قيل في المبيع في مغنم: لم أعبه؛ لأنه لو عجز رق له، وقد مات؛ فلا يكون ربه أحق به.

قُلتُ: يفرق بما أوجب خيار ربه في أخذه دون ما باعه ربه، ولو بيع في مغنم أو ابتيع من عدو، ثم قل ربه؛ ففي البداية بتخييره في فدائه بذلك؛ ليبقى مكاتبه، وفي إسلامه؛ فيلزم المكاتب أداء ذلك؛ ليبقى مكاتبه وإلا عجز، والبداية بإلزام المكاتب ذلك وإلا عجز، ثم خير ربه في إسلامه عبدًا، أو فدائه بذلك كالجناية، ثالثها: يخير ربه في فدائه بذلك، وإسلامه لمبتاعه مكاتبًا إن عجز؛ رق له وإلا عتق، ورابعها: إن ابتيع من حربي وسلمه ربه، فإن ودى المكاتب ثمنه لمبتاعه؛ رجع مكاتبًا لربه، وإلا رق لمبتاعه، وإن اشترى من مغنم، وسلمه ربه؛ بقي على كتابته يؤديها لمبتاعه إن عجز رق له، لابن سَحنون عن أول قوليه، وثانيهما مع ابن القاسم: وقولٍ وجده له ابنه قرأه عليه فخطأه، وللصقلي عن رواية محمد.

الشيخ عن ابن حبيب: أجمع مالك والمغيرة: إن فدى أو بيع في قسم فكما لو جنى.

سَحنون: إن أسلم حربي عليه؛ فله كتابته ورقبته إن عجز، وإلا فولاؤه لربه، ولو كان معه مكاتب آخر بيد ربه؛ خير ربه، ومن أسلم عليه على بيع أحدهما كتابة من بيده من الآخر ليصيرا في أداء واحد، أو بيعهما من مبتاع، وأخذ يقسم ثمنهما بقدر قيمته، وقوتهما على الأداء إن عجزا رقا، وإلا فولاؤهما لربهما.

والموصى بخدمته مدة ثم هو لآخر: قال سَحنون: إن بيع في مغنم؛ فللمخدم أخذه بالثمن، إن تمت خدمته؛ بقي له إن لم يفده منه الآخر بالثمن.

ابنه: لو سبي عبد حبس في ثمنه، فغنم، فصار في سهم بمائة؛ فلبائعه أخذه بها، ولمبتاعه أخذه بثمنه الأول فقط؛ لأنه لو مات؛ ضمنه بائعه، فإن تركه؛ فلمبتاعه أخذه بأكثر ثمنيه يبدأ فيه آخرهما، فإن تركه؛ فلا شيء عليه لبائعه كموته.

قال: هذا على قول سَحنون وبعض أصحاب مالك.

قال سَحنون: وعلى قول ابن القاسم: إن ضمانه من مبتاعه يغرم ثمنه الأول وهو في فدائه بالخيار.

وفيها: قلت: إن صارت جارية في سهم رجل يعلم أنها لرجل مسلم أيطؤها في قول مالك؟.

قال: لم أسمعه، وسمعته قال: من أصاب جاريةً أو غلامًا في مغنم، ثم علم أنه لرجل مسلم إن علم؛ رده له؛ يريد: يخيره فيه، فهذا يدل على أنه لا يطؤها.

وفيها: فإن ابتاعها من حربي بدار الحرب أو الإسلام؛ لم أحب له أن يطأها.

ابن محرز: يجيء على منع وطئها حتى يعرضها منع مشتري ما فيه شفعة الإحداث فيه حتى يعلم الشفيع إن جهل شراءه.

ابن بشير: في منعه قولا المتأخرين بناءً على صحة القياس على الجارية، واعتبار الفرق بتأكد حرمة الفروج.

ابن عبد السلام: في كلامه قصور؛ لأن مسألة المدَوَّنة عامة في الجارية والعبد والعرض؛ ولذا قال ابن الحاجب: من صارت إليه جارية أو غيرها، وعلم أنها لمسلم معين؛ لم تحل له حتى يخير صاحبها.

وفيها مع ابن سَحنون عن ابن القاسم وغيره: من وقعت في سهمه أمة، فأعتقها أو أولدها؛ فقد فاتت.

وقال أشهب: لربها أخذها كمستحقة، ورجع عنه ابن القاسم للأول.

الشيخ عن محمد عنه: الأول بزيادة الكتابة والتدبير كالعتق.

اللخمي: العتق لأجل كناجز.

ابن بشير: إجراؤه عليه بعيد لتأخره.

قُلتُ: قول ابن القاسم في الكتابة والتدبير يرده ومقتضى قوليهما.

وقول ابن عبد السلام: انظر لو كاتبه أو دبره؛ عدم وقوفهم على قول ابن القاسم في الكتابة والتدبير.

والمسلم والذمي يباعان في الغنيمة خطأً لصمتهما فيهما طرق:

ابن رُشْد: إن عذرا لجهل؛ لم يتبعا اتفاقًا، وإن صمتا عالمين أن الرق يلزمهما ففي غرمهما ثمنهما إن فات القسم، وعدم من يرجع عليه سماع عيسى ابن القاسم ذلك في الكبير والكبيرة، ولسَحنون مع رواية يحيى ومحمد قائلاً: ولو كانا ذميين، ولم يقل أحد من أصحابنا بغرمهما إلا أشهب.

ابن رُشْد: مثله سماع عيسى ابن القاسم في الرجل والمرأة يباعان مقرين بالملك يتبعان بثمنهما دينًا إن مات بائعهما أو فلس، بناءً على التضمين بالغرور بالقول ونفيه، ولسماع عيسى هذا التزم الموثقون في بيع البائع من الرقيق إقرارهما بالرق لبائعهما ليتبعا ثمنهما إن استحقا بحرية ثبت عليهما بها في موت البائع أو فلسه وهو ضعيف؛ إذ لا فائدة له على رواية يحيى، وقولي محمد وسَحنون.

قُلتُ: ليس شرط الفائدة كونها في متفق عليه، ولا سيما إن كان حصولها بقول مشهور.

ابن بشير: إن جهل أمر مسلم، أو ذمي بيع في مغنم؛ ففي عدم اتباعه بثمنه ثالثها: إن كان ذا جهل وغفلة بحيث يعذر في سكوته.

اللخمي: ثالثها: إن كان صغيرًا أو كبيرًا قليل الفطنة أو عجميًا يظن أن ذلك رق له، لسَحنون عن أشهب، ومحمد عن أحد قولي ابن القاسم مع مالك وسَحنون، وثاني قولي ابن القاسم: وهذا إن افترق الجيش، وكانوا لا يعرفون؛ لكثرتهم، وإلا تبعهم المشتري، أو من وقع ذلك في سهمه.

وعن ابن القاسم: ينبغي للإمام ـ إن لم يعرفوا ـ أن يغرم لمن وقع في سهمه من الخمس أو بيت المال.

وقال سَحنون: لا يعطى من خمس ولا بيت مال.

قُلتُ: لابن محرز عنه: إن كان الغانمون نحو عشرة؛ رجع عليهم، ثم قال اللخمي: لا يختلف ألا يرجع على الصبي، وأرى غرم الإمام خمس الثمن من خمس الغنيمة، ومن بيت المال إن فات.

ابن مسلمة: على الإمام غرم الثمن من الفيء أو الخمس.

ابن محرز: هذا على أن ما أخطأ فيه الإمام من مال لا يغرمه، وفيه اختلاف.

قال: وما أخذه ربه من مبتاعه من مغنم عهدته عليه كالشفيع على المبتاع، وفيه عهدة الثلاث والسنة، ولا مواضعة عليه في الأمة إن أخذها ربها منه قبل مدة الاستبراء، وهي حينئذ كذات الزوج والمعتدة والمغتصبة.

وسمع ابن القاسم معها لرب ما ابتاعه مسلم من حربي بأرضه أخذه.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

ابن القاسم: يريد بثمنه: وهو مصدق فيه إن لم يستنكر بحيث يستدل على كذبه فيأخذه بقيمته.

ابن رُشْد: تفسيره: إن لم يدع ربه معرفة ثمنه صدق فيما يشبه دون يمين، وفيما لا يشبه بها، وما لا يشك في كذبه بقيمته يوم اشتراه حيث اشتراه، وإن جهلت به فبأقرب محل له، وإن ادعاه؛ صدق المبتاع بيمينه إن أشبه، وإلا فربه إن أشبه، وإلا فبقيمته، ومن نكل؛ صدق عليه الآخر وإن لم يشبه، وكل هذا بناءً على ما في اختلاف الشفيع والمبتاع في ثمن الشقص.

وفيها: ما كافأ به مسلم حربيًا على ما وهبه له من مال مسلم كثمنه.

عبد الحق عن بعض القرويين: إن كان الثمن، أو المكافآت عرضًا يكال أو يوزن؛ أخذه ربه بمثله بدار الحرب إن أمكن؛ كسلفه إلا أن يتراضيا على ما يجوز.

الصقلي عن بعض شُيُوخنا: فإن تعذر؛ فقيمته ببلد الحرب.

ابن بشير: في رجوع من فدى ما بيد لص بفدائه على ربه خلاف معروف.

قُلتُ: كثيرٌ عروض هذه النازلة بإقليمنا، والأظهر إن فداه بحيث يرجى لربه خلاصه من اللص بأمرٍ ما من حرمة ربه أو قوته، أو إغاثة تمنع اللص خلاصه حرمان فاديه.

وفي رهنها: إن أخذ السلطان خراج أرض بيدك رهنًا ؛لم ترجع به على راهنها إلا أن يكون خراجًا حقًا، فمقتضى إطلاقها سواء كان بها غلة يخشى أخذها السلطان أم لا؟ حرمانه، ومقتضى قول لقطتها: من أتى بآبق شأنه طلب الأباق؛ فله جعل مثله أخذه الأقل من فدائه، أو فداء مثله، والأعيان أقوى من المنافع في الرجوع بها، وأجر

خلاصه تقدم في فداء الحر.

ابن عبد السلام: إن دفع الفداء من عنده؛ فلا أجر له في خلاصه؛ لأنه سلف وإجارة، وإن كان من غيره؛ ففيه نظر.

قُلتُ: يعارض قوله: لأنه سلف وإجارة نقل اللخمي: للآتي بآبق شأنه طلب الأباق على قول مالك جعله على أن نفقته على العبد داخلة في الجعل، أو على أنها خارجة عنه، ويعضد قوله نقل الشيخ في آخر ترجمة سيرة الإمام.

قال بعض أصحابنا: وظاهره من قول سَحنون ما نصه: من أنفق على ضالة إن كان ممن يطلب الضوال؛ فله جعل مثله، ولا نفقة له ولربها تركها، وإن كان ممن لا يطلبها؛ فله النفقة دون جعل، ولربها تركها، وكذا الآبق والوديعة ينفق عليهما.

وفيها: لرب ما خرج به مسلم وهبه له حربي بداره دون مكافأة؛ أخذه مجانًا.

قُلتُ: فلو باعه مبتاعه، ومن وهبه قال: لم أسمعه، وأرى نفوذ بيعه، والثمن الذي بيع به لربه إن أحب بعد دفعه الثمن الذي ابتاعه به المشتري، ويرجع على الموهوب له بالثمن.

وقال غيره: ينقض البيع، ويرد لربه بعد دفعه الثمن، ويرجع به على الموهوب له، وذكر الصقلي المسألة بلفظ: (وقال ابن نافع) بدل (وقال غيره).

وفي قصر خلاف ابن القاسم وغيره على الهبة، واتفاقهما في البيع على نفوذه وعمومه فيهما نقل عبد الحق عن بعض شُيُوخه مع أبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي عمران وإشارته إلى التخريج على قول ابن نافع بنقض عتق الموهوب له العبد بثواب.

التونسي: في نقض عتق الموهوب له دون ثواب نظر.

وما قدم به مستأمن من مال مسلم، ففي كراهة شرائه غيره، واستحبابه قولا ابن القاسم فيها قائلاً: ليس لربه أخذه ممن ابتاعه أو وهبه ولو كان ذميًا.

واللخمي مع محمد، وإسماعيل- ناقلًا اللخمي عنه-: لم يحك ابن القاسم هذه المسألة عن مالك، والذي يشبه على مذهبه أن له أخذه في البيع بالثمن وفي الهبة مجانًا.

قُلتُ: الفرق بينه وبين ما ابتيع منه بأرضه ثبوت حرمة ماله بتأمينه ونفيها عنه ببلده.

الشيخ عن سَحنون: لو قدم بمكاتب أو مدبر لمسلم؛ فله كتابته وخدمته دون ربه إن ودى كتابته عتق، وولاؤه لربه كما حمله ثلث رب المدبر منه، وإلا رق للمستأمن كما عجز عنه ثلث رب المدبر منه، وما أسلم عليه حربي إن كان متمولاً؛ فله اتفاقًا، وإن كان ذميًا؛ فابن القاسم كذلك.

أشهب: حرٌ لا يرق، وإن كان حرًا مسلمًا فطريقان:

اللخمي: ينزع منه مجانًا.

ابن رُشْد: في مسألة من سماع سَحنون اتفاقًا.

ابن بشير: هذا هو المشهور المعروف.

وفي زاهي ابن شعبان: يكون له رقًا.

قُلتُ: لم أجده في الزاهي، ولا حكاه المازري ولا التونسي، وظاهر كلامه لم يعرف فيه خلافًا.

وفي النوادر عن محمد: لم يختلف أنه ينزع منه دون عوض.

وقول ابن عبد السلام: حكي عن أحمد بن خالد مثل قول ابن شعبان لا أعرفه، إنما أعرف ما يقتضيه في سماع يحيى ابن القاسم وهو قوله: كل من صولح من عدو على هدية أو أداء جزية؛ فله كل ما بأيديهم من أحرار المسلمين أسرى لا ينبغي للإمام نزعهم منهم إلا بفداء عن طيب نفس.

قُلتُ: فإذا أقرهم بيد الصلحي على أداء الجزية، فأحرى من أسلم؛ لكن ابن رُشْد قال: هذه من المسائل الواقعة على غير تحصيل؛ لأن المصالح على الجزية ذمي يجري عليه حكم الإسلام، يباع عليه من أسلم من رقيقه، فأحرى أحرار المسلمين، والصحيح سماعه.

سَحنون: خروجهم أحرارًا بقيمتهم من بيت المال.

وما قدم به مستأمن من مال كان سرقه في أمان سابق؛ تقدم في نزول الحربي بأمان.

ونقل ابن الحاجب: إن قدم به سارقه؛ نزع منه، وإن قدم به غيره؛ ترك له، لا أعرفه، فإن قلت: ذكره الصقلي عنه من كتاب ابن سَحنون.

قُلتُ: إنما ذكره الشيخ عنه فيما أبق إليهم من عبيدنا، فذهبوا بهم، أو غلبوا عليهم

لا فيما سرقوه، ولم يذكر ابن رُشْد وابن حارث فيما سرقوه غير القولين فقط.

وهدم السبي النكاح؛ في النكاح إن شاء الله، ولو أسلم حربي، ثم غنم ماله وولده بأرضه، ففي كون ماله كمال مسلم وتبعية ولده له طرق:

الشيخ: زوجته فيء بقي بأرضه أو خرج لنا.

وفي كون ماله وولده كذلك، وكون ماله وتبعيته ولده له نقلا ابن سَحنون عن ابن القاسم مع روايته وأشهب مع أبيه قائلًا: إن قاتل كبير ولده؛ فمرتد يقتل إن لم يتب.

اللخمي: إن خرج وترك ماله وولده فثالثها: ماله فيء وولده تابع له، ورابعها: إن أحرز أهل الحرب ماله، وضموه لملكهم.

لمالك وسَحنون فيها عن بعض الرواة قائلًا: إن أدركه ربه قبل القسم؛ أخذه مجانًا وبعده بثمنه، وأبي الفرج محتجًا بأنه لو نكح مسلم بدار الحرب؛ كان ولده مسلمًا، وابن حارث.

اللخمي: وولده من وطء قبل إسلامه تبع له، ومهر زوجته فيء كزوجته اتفاقًا فيهما.

وذكر التونسي القولين الأولين، وقال: لو غنم قبل خروجه؛ انبغى بقاء ماله، وولده لبقاء يده عليهما، وإذا كانت زوجته فيئًا؛ قيل: يفسخ نكاحه لملكه جزءًا منها، وعلى قول ابن القاسم: (لو سرق من الغنيمة؛ يقطع) لم يفسخ.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن سبي مسلمان وولدا بدار الحرب ولدًا تنصر، ثم غنم؛ ففيء لا يستتاب.

ابن رُشْد: غلب فيه حكم الدار لا حكم أبويه كقولها: من أسلم بدار الحرب، فغنم ماله وولده بها؛ هما فيء خلاف قول سَحنون وبعض الرواة.

فيها: ماله له وولده تبع له، وثالثها: ما حمل عليه التونسي قول ابن القاسم وروايته فيها: إن خرج الأب؛ فماله وولده فيء، وإلا فله وتبع له.

ابن بشير: إن خرج لنا؛ ففي كون ولده فيئًا ثالثها: الكبار فقط، ويجبرون على الإسلام اتفاقًا.

قُلتُ: الفيء والجبر على الإسلام متنافيان؛ لأن لازم الفيء أصالة كفره، ولازم

الجبر أصالة إسلامه.

قال: وفي ماله ثالثها: رابع اللخمي.

ولو بقي بدار الحرب؛ ففي كونه كما لو خرج، وبقاء ملكه على ماله، وتبعية ولده الصغير له قولا المتأخرين.

قُلتُ: في نوازل ابن الحاج: تخريجه مع غيره مال المسلم المقيم بدار الحرب على الخلاف في مال من أسلم، وأقام بدار الحرب، ورجح فيه ابن الحاج قول أشهب وسَحنون، ثم فرق بأن مال من أسلم كان مباحًا قبل إسلامه بخلاف مال المسلم.

قُلتُ: هي نص سماع يحيى ابن القاسم في مسلم أقام بِبَرشنوُنَة يصيب بغارته دماء المسلمين وأموالهم أنه محارب لا يحل ماله لأحد.

ابن رُشْد: هذا خلاف ظاهرها فيمن أسلم بدار الحرب وأقام بها، فغنم ماله.

ولو سبيت حرة، فغنمت بها ولدت في سبيها، ففي كونه حرًا معها أو فيئًا ثالثها: الصغار.

للشيخ عن ابن حبيب مع رواية مُطَرِّف، وقول ابن وَهْب واللخمي عن سَحنون عن أشهب، ورواية أبي زيد بزيادة: الكبير والصغير بعد بلوغه يجبران على الإسلام كمرتد، ومحمد عن أشهب وابن القاسم.

وخرج اللخمي الأول في الصغير على كون ولد الكافر من مسلمة على دينها، وفي الكبير عليه مع قول مالك: ما ولد لنصرانية من مسلم غفل عنه حتى بلغ كافرًا مرتدًا يستتاب؛ خلاف قول ابن عبد الحكم: يقر على دينه، والثاني على كونه على دين الأب.

وفيها: إن بلغ ولدها وقاتل ففيء، فقال الشيخ: إن لم يقاتل؛ لم يكن فيئًا.

ابن شبلون: فيء، ولو لم يقاتل، والذمية تغنم كذلك ترد لذمتها.

وفي كون صغير ولدها فيئًا، وتبعيته لها نقل اللخمي رواية أبي زيد مع الصقلي عن أشهب وابن الماجِشُون وابن القاسم.

فيها: وكبير ولدها فيء.

قُلتُ: في تخريجه على قولي الشيخ وابن شبلون نظرٌ.

وقول ابن عبد السلام: حكى بعض الشُيُوخ: أن كبير ولدها تبع لها، لا أعرفه؛ بل

نقل ابن بشير وابن حارث: الاتفاق على أنه فيء.

ولو كانت أمة، ففي كون ولدها لربها أو فيئًا ثالثها: إن كان بتزويج.

لابن القاسم فيها وابن الماجِشُون وأشهب.

وعبد الحربي يسلم دونه فيها إن خرج لنا؛ فهو حر.

اللخمي: اتفاقًا.

ولو خرج بعد نزول جيشنا بهم.

زاد الشيخ عن ابن حبيب: ولا ولاء لربه عليه.

ولا يرجع إليه إن أسلم:

ابن حبيب: لو دخلنا عليه غالبين، فقال ابن القاسم: حر كخروجه لنا.

أَصْبَغ: رق غنيمة.

ويرجعان لقول واحد: إن نزع لنا حين دخولنا؛ فحر، وإن نزع لنا بعد أن غنم؛ فرقٌ لنا، وحملهما اللخمي على الخلاف، وعزا الثاني لابن حبيب وصوبه، ولم يذكر التونسي غير الأول.

قال: وفيه نظر، والأشبه أنه ملك للجيش لبقاء ملك ربه؛ إذ لم يغنم العبد نفسه.

قُلتُ: الأول قولها بزيادة: (ولا يرجع لربه إن أسلم).

ولو لم يخرج، ولم ندخل عليه؛ ففي كونه حرًا أو رقًا لربه قولا أشهب وابن القاسم فيها محتجًا بثبوت عتق أبي بكر بلالاً، والدار دار كفر، وعليهما لغو تصرف ربه فيه ببيع أو تبرع ولو بعتق وأعماله.

وفيها: إن خرج مسلمًا وترك ربه مسلمًا؛ فرق له.

قُلتُ: هذا على قول ابن القاسم مطلقًا، وعلى قول أشهب: إن سبق إسلام ربه إسلامه.

قال سَحنون في سماعه ابن القاسم: قال أشهب: إن قدم لنا عبد حربي أقام عندنا على كفره، ثم قدم ربه؛ فلا سبيل له عليه، ولو أسلم.

ابن رُشْد: لأن المذهب أن العبد حر بخروجه لنا كافرًا.

وفي الموازيَّة: إن خرج ربه قبل إسلام العبد؛ رجع له ولاؤه، وإلا لم يرجع، وتعقبه التونسي بأنه إن عتق بأنه غنم نفسه؛ لم يرجع ولاؤه بحال، وإن عتق على ربه؛ رجع إليه، ولو قدم بعد إسلامه؛ لأنه عتق، وهو وربه كافران.

ابن رُشْد: وجهه أنه إنما عتق بخروج ربه مراعاةً لقول أبي حنيفة: إن خرج كافرًا؛ فهو غنيمة للمسلمين.

قُلتُ: إذا كان رقًا للمسلمين امتنع تصور رجوع ولائه لربه، فكيف يصلح استنتاج رجوع ولائه لربه منه، والأظهر حمل قول محمد: وإلا لم يرجع إليه، أي: ما دام ربه كافرًا.

ونقض الذمي ذمته دون ظلم يوجب قتاله كحربي، وفي استرقاقه إن أسر ورده لذمته قولا ابن القاسم وأشهب فيها بناءً على ملزومية عقد ذمته حريته بقيد وفائه أو مطلقًا، وأطلق الأكثر الخلاف.

وقال ابن بشير: إن عقدت ذمته بقيد مسالمته؛ رق، وعلى حريته كيفما كانت حاله؛ لم يرق، وإن أبهمت؛ فالقولان.

ولما ذكر الشيخ عن محمد قول أشهب قال عنه ما نصه: ويقتل قاتلهم، ويجرح جارحهم، ووقف ابن القاسم في القصاص ممن قتل منهم.

وقال ابن ميسر: لا يؤخذ منهم بما قتل في صف ولا غيره.

قُلتُ: يريد: لا يتعلق به قتل القصاص، ويتعلق به حكم قتل الأسير المخير فيه بينه وبين الأربعة الباقية.

وفي شرط كون الإمام عدلاً في استباحة قتالهم وسبيهم؛ لنقضهم دون ظلم قولان لمفهوم نقل الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: إن خرجوا نقضًا للعهد ومنعًا للجزية، ولم يظلموا، فإن كان الإمام عدلاً؛ قوتلوا، وكانوا فيئًا مع نقله عن الواضحة: إن كان الإمام غير عدل، أو نقضوا لظلم عرف؛ لم يقاتلوا، فإن قوتلوا وظفر بهم؛ لم يستباحوا، وردوا لذمتهم، ولو وصلوا لدار الحرب، وظاهر قولها: ونقضه لظلم المعروف لا يرفع ذمته.

الداودي: يرفعها؛ لأنه لم يعاهد على أنه يظلم من ظلمه، وصوبه اللخمي بأنه

رضي بطرح ما عقد له.

قُلتُ: ظلمه يصيره مكرهًا، ورضا المكره لغو، وقوله: لأنه لم يعاهد على أن يظلم من ظلمه معارض بأنه لم يعاهد على أن يظلم.

الشيخ عن ابن حبيب: روى ابن القاسم: إن خرجوا لظلم؛ لم يقاتلوا، ولو قتلوا المسلمين في دفاعهم.

وسمع عيسى ابن القاسم: وقال الأخوان وابن عبد الحَكم وابن نافع وابن وَهْب: هذا إن احتجروا في دارهم، فإن خرجوا لفساد بأرض المسلمين؛ جوهدوا وصاروا فيئًا.

قال الأخوان: وإن أشكل كون نقضهم لظلم؛ لم يستباحوا.

وسمع عيسى ابن القاسم: نزع رجالهم ومحاربتهم نقض يستحلون به، ونساؤهم وذريتهم إن حملوها معهم، ولو بقيت ذريتهم بين أظهر المسلمين؛ لم يستباحوا.

وفي كون الشُيُوخ والزمنى كذلك نقل ابن رُشْد عن ابن حبيب مع أَصْبَغ وابن الماجِشُون وسماع عيسى ابن القاسم.

ابن رُشْد: إن علم أنهم مكرهون؛ لم يختلف فيهم، إنما الخلاف إذا جهل إكراههم وادعوه، واحتجاج ابن الماجِشُون ومحمد بسبيه ﷺ قريظة وغيرهم يرد بأن بني قريظة لم يكونوا ذمة تحت جزية؛ بل أهل مهادنة باقين بأرضهم؛ ولذا لم يحتج به ابن القاسم في المدَوَّنة؛ بل قال: مضت في ذلك سنة من الماضين.

قُلتُ: ويوجب النقض كالخروج المذكور فعل يذل المسلم.

الشيخ عن ابن حبيب: أمر عمر بصلب نصراني نخس بغلًا سقطت عنه مسلمة انكشفت عورتها حيث سقطت، وقال: إنما عاهدناهم على بذل الجزية عن يد وهم صاغرون، وأهدر دم يهودي قتله ابن امرأة دهس ناقة سقطت عنها فانكشفت، وقتل نصرانيًا اغتصب مسلمة.

ابن حبيب: وصداقها في ماله، والولد مسلم لا أب له، ولو أسلم غاصبها؛ لم يقتل؛ لأن قتله للنقض لا للزنا، وقاله أَصْبَغ.

اللخمي: وطؤه الحرة المسلمة إن كان زنًا طوعًا منه. ففي كونه نقضًا قولا ربيعة

ومالك، وإن كان بنكاح؛ فغير نقض مطلقًا.

وقال ابن نافع: إن غرها فنقضٌ، ويضرب عنقه، ووطؤه الأمة المسلمة بملك أو زنًا غير نقض إن طاوعته وإلا فقال محمد: لا يقتل، وفيه خلاف، هذا أحب إلي؛ إذ لا يقتل حر بعبد.

اللخمي: هذا غلط؛ لأنه لم يقتل بها، ولا فرق بين الحرة والأمة، والطوع والغصب، إن عوهد على إن فعل شيئًا من ذلك نقض نقضٌ، وإن كان على أن يعاقب فغير نقض.

قُلتُ: فأين حكم الإيهام، وكيف يساوي الإكراه الطوع، وفيه من الجرأة ما ليس في الطوع، وللفرق بينهما كان مهر الحرة، وما نقص الأمة.

واستباح عمر أهل حصن لجأ إليه مسلمون شاتون منعوهم منه، فمات بعضهم لمبيتهم دونه.

قال الأخوان في أهل بلد صولحوا على الجزية، فاستباح واليها نساءهم، وباع أولادهم، فقتلوه ونقضوا العهد، ومنعوا بلدهم: لا ينبغي قتالهم ولا سبيهم.

الشيخ عن ابن سَحنون: إن هرب علوج من بلدنا منهم مسلمون، وأحرار ذمتنا لعدو نزل بنا لإعانته، فظفرنا بهم لم يقتلوا، ويتحيل في حبسهم، وإن لم يقدر على حبسهم إلا بإثخانهم جراحًا؛ لم يجرحوا إلا في محاربة.

وقال يحيى بن يحيى: إن هرب إليهم أهل الذمة دون ظلم؛ استحلوا.

ابن القاسم: لو أخذ الذمي بعد شخوصه لأرض الحرب دون إذن؛ فهو على ذمته.

قُلتُ: قول يحيى وقول ابن القاسم هو سماعه ابن القاسم.

ابن رُشْد: إن أخذوا قبل وصولهم أرض الحرب؛ فهم على ذمتهم إلا أن يقاتلوا ويمتنعوا، سمعه منه عيسى.

الشيخ عن ابن سَحنون عن ابن القاسم: إن غلب عدو على بلد الإسلام به ذميون، فكانوا يغيرون على بلد الإسلام مع العدو، فظفر بهم، فادعوا إكراه العدو إياهم على ذلك؛ قتل قاتلهم، وأطيل سجن غير القاتل، فإن حد لهم حد في الرحيل عن العدو، فجازوه، وغاروا مع العدو على الإسلام، فظفر بهم، فادعوا إكراهه إياهم، إن

تبين ما قالوا؛ لم يستحلوا.

قُلتُ: مثله في سماع يحيى ابن القاسم.

ابن رُشْد: هم أهل ذمة لم يبن نقضهم؛ لأنهم بمكانهم، وسقط عنهم حكم الحرابة بشبهة دعواهم الإكراه.

وقوله: يقتل قاتلهم؛ يريد: قصاصًا يجوز فيه العفو، ولو ثبت إكراههم؛ لم يسجن من لم يقتل منهم، وحكم فعلهم بعد ضرب الأجل كحكمه قبله.

وسمع يحيى ابن القاسم في أهل ذمة هربوا لدار الحرب، فأخذوا بها، فقالوا: إنما هربنا لظلم من جاورنا من العرب إيانا إن علم ظلم مجاوريهم ردوا لذمتهم إن قدر واليهم على منع من جاورهم ظلمهم، وإلا تركهم يسيرون حيث شاءوا.

أَصْبَغ: إن أشكل أمرهم؛ لم يستحلوا.

ابن رُشْد: قوله تفسير لقول ابن القاسم.

وفيها: حرابة أهل الذمة كحرابة المسلمين.

اللخمي عن ابن مسلمة: يقتل؛ لأنه نقض وماله مال من لا عهد له، وإن قطع لم يؤخذ ماله؛ لأنه بقي في ذمته، وذمة ولده باقية، وتعقب التونسي قولها بأن أخذ المال، وقتل النفس حرابة لا نقض بما تقدم من غصبه المسلمة نفسها.

قُلتُ: في غصبه المسلمة نفسها من جرأته على الإسلام ما ليس في القتل، وغصب المال، وبقوة تحريم فرج المسلمة عليه لعمومه في كل تقدير يفرض بخلاف المال يحل له بالطوع، والمسلم يقتل بحرابته إياه، ولو ارتد جمع؛ منعوا أنفسهم، فأخذوا ففي الحكم فيهم بحكم الحربيين أو المرتدين نقلا ابن حبيب عن أَصْبَغ، وابن القاسم مع ابن الماجِشُون، وأجراهما على فعل أبي بكر في أهل الردة بالسبي، وفعل عمر فيهم حكم المرتدين برد النساء والصغار من الرق لعشائرهم قائلًا: لعمري إنه أمر خالف فيه عمر أبا بكر.

ابن رُشْد: الذي قضى فيهم أبو بكر بالسباء هم الذين نقض فيهم عمر القضية، وهو خلاف قولهم: إن القاضي لا يرد ما قضى به غيره قبله باجتهاده، فتدبر ذلك.

ابن عبد السلام: لا نسلم أنه خالف أبا بكر، إنما فعل ذلك تطييبًا لنفوس

المسلمين بمشقة رؤية أحدهم ابنته، وزوجته مملوكة، وذكر أنه فعله بعوض، وفعل أبي بكر أجمع عليه الصحابة.

قُلتُ: رده قول ابن رُشْد بقوله: لا نسلم أنه خالف أبا بكر؛ يرد بأنه منع لأمر ظاهر ثبوته دون دليل على منعه.

وقوله: تطييبًا للنفوس؛ لا يصح كونه دليلًا عليه؛ لأن نقض حكم الحاكم العالم العدل لا يسوغه تطييب النفوس.

وقوله: أجمع عليه الصحابة؛ خلاف ما ذكر ابن عباس من الخلاف في ذلك حسبما يأتي إن شاء الله تعالى.

والجواب الحقيقي: أن الحكم بالسبي في قوم لا يناقضه الحكم فيهم بالمن عليهم؛ لأنه لا منافاة بينهما، ولأن المن مسبب عن السبي، والمسبب يغاير سببه ولا يناقضه؛ ولذا كان الإمام في حكمه بالسبي في قوم، ثم بالمن عليهم ليس بمناقض في حكميه.

فحينئذ أقول: الصادر من عمر إنما هو منٌّ عليهم لما رآه من المصلحة، لا سيما وقد أسلموا كلهم، لا نقض لحكم أبي بكر؛ إذ لا تغاير بين حكميهما إلا مغايرة حكم حاكم بالسبي لحكمه بالمن، ولا تناقض بينهما، وكل هذا بناءً على تلقي ما حكاه ابن حبيب عن عمر بالقبول حسبما تلقاه الشيخ وابن رُشْد، وفي ذلك عندي نظرٌ لما ذكره الشيخ الراوية العدل: أبو الربيع ابن سالم قال في اكتفائه في ردة أهل دبا وأزد عمان: أن حذيفة بن اليمان قدم بسبيهم المدينة، وهم ثلاثمائة مقاتل وأربعمائة من النساء وذرية اختلف فيهم المسلمون.

قال زيد بن أسلم عن أبيه: أوثقهم أبو بكر بدار رملة بنت الحارث؛ يريد: قتل المقاتلة، فقال له عمر: يا خليفة رسول الله قوم مؤمنون إنما شحوا بأموالهم وقالوا: والله ما رجعنا عن الإسلام؛ فلم يدعهم أبو بكر بهذا القول، فتوفي أبو بكر وهم موثقون، فلما ولي عمر سرحهم، وكان فيهم أبو صفرة والد المهلب.

قال أبو الربيع: وذكر ابن عباس: أن رأي المهاجرين فيهم حين استشارهم أبو بكر القتل أو الفداء بأغلى الفداء، ورأى عمر ألا قتل عليهم ولا فداء، فبقوا موثقين حتى ولي عمر فأرسلهم دون فداء.

قُلتُ: فإذا ثبت هذا؛ فلا إشكال؛ لأن أبا بكر لم ينفذ فيهم الحكم، وعلى تنفيذه فالجواب ما قدمناه، والله أعلم بالصواب.

وسمع عيسى ابن القاسم، ورواه عنه سَحنون: إن أسر من تنصر بأرض الحرب، وأصاب دماء المسلمين وأموالهم، فأسلم؛ سقط عنه ما أصابه بعد تنصره إلا ما أصابه قبله.

العتبي: وقال يحيى عنه: يقتل قتل الحرابة.

ابن رُشْد: رواية عيسى على أنه أسلم، ورواية يحيى على أنه لم يسلم فليستا بخلاف، وإنما يسقط عنه ما أصاب منهما في تنصره بإسلامه بعد أخذه إذا صحت ردته بكونه على بصيرة من كفره في زعمه لا أنه فعله مجونًا وفسقًا، وإن أخذ على ردته قتل، ولم يستتب استتابة المرتد اتفاقًا فيهما، فلا يفترق حكم ما أصاب المرتد ببلد الحرب أو الإسلام إن لم يسلم، إنما يفترقان إن أسلم.

وقتال الخوارج إن بانوا ودعوا لبدعتهم؛ قال الصقلي عن ابن سَحنون: فرض.

الشيخ عن سَحنون: سن علي رضي الله عنه قتالهم، ولم يكفرهم؛ إذ لم يسبهم، ولم يستبح أموالهم، ولهم حكم المسلمين في أمهات أولادهم ومدبريهم وعددهم ووصاياهم، ورد أموالهم لأربابها إن عرفوا؛ وإلا تصدق بها إن أيس منهم، ولا قود عليهم ولا قصاص ولا حد ولا صداق في استباحة فرج.

الصقلي وبعض أصحابه: إن سبوا حرة أو أمة فأولدوها؛ لحق الولد بأبيه؛ إذ لا حد عليه في وطئه لتأويله، وولد الأمة كولد مستحقة.

وفيها لمالك: إن خرجوا فأصابوا الدماء والأموال، ثم تابوا وضعت عنهم كحد الحرابة الدماء، وما استهلكوا من مال، ولو كانوا أملياء، ويؤخذ منه ما وجد بأيديهم من مال بعينه، ويؤخذون لحقوق الناس.

وقتال أهل العصبية:

فيها: قال مالك فيمن كان بالشام من أهل العصبية يدعوهم الإمام إلى الرجوع ومناصفة الحق بينهم، فإن أبوا؛ قوتلوا.

الصقلي: صوب شيخنا القاضي أبو الحسن قول ابن سَحنون: يجب قتال أهل

العصبية إن كان الإمام عدلاً، وقتال من قام عليه، وإن كان غير عدل، فإن خرج عليه عدل؛ وجب الخروج معه؛ ليظهر دين الله، وإلا وسعك الوقوف إلا أن يريد نفسك ومالك، فادفعه عنهما، ولا يجوز لك دفعه عن الظالم.

مالك: إن قام والٍ على والٍ لإزالة ما بيده، فإن كان مثل عمر بن عبد العزيز؛ وجب الدفع عنه وإلا فلا، ينتقم الله من ظالم بظالم، ثم ينتقم منهما.

وقال فيمن بايعه الناس بالإمارة فقام آخر وتبعه بعضهم: قال: روى معاوية قتل الثاني، وهذا إن كان الأول عدلاً، وإلا فلا بيعة له تلزم، ولا بد من إمام بر أو فاجر.

ابن سَحنون: بلغني أنه كان يقال: لا تكرهوا الفتنة؛ فإنها حصاد المنافقين.

قُلتُ: يرده أو يخصصه أحاديث الاستعاذة من الفتن ما ظهر منها وما بطن، وظاهر ما تقدم منع إعانة غير العدل مطلقًا.

وقال الشيخ عز الدين ابن عبد السلام: فسق الأئمة قد يتفاوت ككون فسق أحدهم بالقتل، وفسق الآخر بانتهاك حرمة الأبضاع، وفسق الآخر بالتعريض للأموال فيقدم هذا على التعريض للدماء والأبضاع، فإن تعذر قدم المتعرض للأبضاع على المتعرض للدماء، وكذا يترتب التقديم على الكبير من الذنوب والأكبر والصغير منها والأصغر.

قال: فإن قيل: أيجوز القتال مع أحد هؤلاء لإقامة ولايته وإدامة تصرفه، وهو معصية؟

قلنا: نعم دفعًا لما بين مفسدتي الفسوقين، وفي هذا وقفة وإشكال من جهة كونه إعانة على معصية، ولكن درء ما هو أشد من تلك المعصية يجوزه.

قُلتُ: ونحوه خروج فقهاء القيروان الممسي، وغيره مع أبي زيد الخارجي على الثالث من بني عبيد؛ وهو إسماعيل لكفره، وفسق أبي زيد والكفر أشد.

المسابقة بين الخيل والإبل دون جعل للسابق أو به من غير مسابق، أو منه لسابق غيره؛ جائز.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وعليه إن سبق مخرجه؛ فهو لتاليه وهو المصلي.

الشيخ عن كتاب ابن مزين: والعاشر يسمى السكيت، وما بينهما لا يسمى إلا

باسم العدد.

قُلتُ: ذكر غير واحد من اللغويين لسائرها أسماء؛ منه ما أنشدني شيخنا أبو عبد الله بن الحباب لأمير المؤمنين أبي زكريا يحيى والد ملوك إفريقيَّة من الموحدين في بعض شعراء، حضرته حيث مدحه كل منهم بقصيدة:

ألا إن مضمار القريض لممتد ... به شعراء السبق أربعة لُدّ
فأما المجلي فهو شاعر جمة ... أتى أولاً والناس كلهم بعد
وأما المصلي فهو حبر قضاعة ... بآدابه تزهو الخلافة والمجد
وأما المسلي فالمعاوي إنه أتى ... ثالثًا لكن يلين ويشتد
وبعدهما الكومي أقبل تاليًا ... وكم جاء سباقًا مسومه النهد
ثم علماء الناس ما عنهم غنى ... وهم شعراء الملك ما منهم بد

وجمعها بعضهم في بيتين:

أتاني المجلي والمصلي وبعده الـ ... ـمسلي وتال بعده عاطف يسري
ومرتاحها ثم الحظي ومؤمل ... وجاء اللطيم والسكيت له يجري

فإن اتحد من سابق مع مخرجه كان طعمة لمن حضره.

وبجعل من واحد فقط، على أخذه من سبق، ولو كان مخرجه في إجازته، ومنعه، ثالثها: يكره.

للشيخ عن أَصْبَغ مع ابن وَهْب والصقلي وابن رُشْد عن أحد قولي مالك، وللشيخ عن ابن القاسم مع الصقلي وابن رُشْد عن أحد قولي مالك، والشيخ عن رواية أَصْبَغ، ولم يحك عياض غير الأولين عن مالك قائلًا: قال بكل منهما بعض أصحابه.

وبجعل من كل مسابق على أخذ السابق مع جعله جعل غيره ولا محلل، وهو من لا يخرج شيئًا لا يجوز.

ابن رُشْد: اتفاقًا، ومعه على أن من سبق أخذ الجميع المحلل، أو ذو جعل طريقان:

ابن رُشْد: أجازه ابن المسيب، ومنعه مالك، كان مع اثنين محلل، أو مع جماعة جماعة للغرر والمقامرة إلا أنه كلما قل المحلل؛ كثر الغرر والعكس العكس.

قُلتُ: وفي النوادر عن ابن عبد الحَكم: كراهة مالك المحلل على منعه رجوع جعل مخرجه له بسبقه في المسابقة بجعل من واحد فقط، وعلى قوله الآخر: هو جائز، وبه أقول كابن المسيب وابن شهاب.

عياض: مشهور قول مالك منعه، وقال مرة: كابن المسيب.

قُلتُ: ظاهره نص لا تخريج، خلاف قول ابن عبد الحَكم أنه تخريج.

قال: وشرط المحلل عدم أمن سبقه، وفيه زيادة في الرمي، ولا بأس بالمسابقة بين فرس وجمل، ولو شرط على أحدهما حمل شيء خفيف أو ثقيل، وليس على الآخر إلا راكبه، ولا يحمل على الخيل لإجرائها إلا محتلم ضابط، وكره مالك حمل الصبيان عليها، ولا بأس أن يتراهنا على أن يضمرا فرسيهما مدة معينة، ولو مضت فقال أحدهما: لم يتم إضمار فرسي؛ فلراهنه جبره على المسابقة إلا أن يعتل فرسه علة بينة، ولو قال: أزيدك دينارًا على أن تزيد في مدة الإضمار، أو في مبدأ غاية الجري أو منتهاها، فإن تراهنا دون شرط ولأهل ذلك الموضع سنة في ذلك حملا عليها، ولأهل مصر سنة عرفت في مبدأ جري القارح والرباع والثني والحولي، وفي الغاية التي يجلس بها الوالي، أو من يقيمه لذلك، ولا بأس أن يجعلا سرادقًا أو خطًا من دخله أولاً أو جازه أولاً؛ فهو السابق، ولا بأس أن يخرج واحد خمسة وآخر عشرة إن كان بينهما محلل.

قُلتُ: زاد في فصل الرمي: أو يخرج أحدهما بقرة، والآخر شاة، ومنعه بعضهم، ولا أرى على أنه إن سبقه؛ ودى عنه فلان دينارًا؛ لأنه لم يخرج شيئًا يؤديه إن سبق ويحوزه إن سبق.

قُلتُ: في منعه نظرٌ، وظاهر ما تقدم لابن رُشْد جوازه.

قال ابن عبد الحَكم: فإن سابقه على أن يضمن عنه لغريمه دينارًا إن سبقه؛ لم يجز إن كان على أن يرجع به عليه؛ لأنه ضمان بجعل وإلا جاز، ولو سقط بعض أهل الرهان عن فرسه ببعض المسافة، أو ألقاه فرسه بها، أو راغ عن الطريق، أو انكسر فرسه، فإن

كان معه أكثر من واحد؛ فالرهان بين من بقي، وإلا فأهل الخيل أنه مسبوق خوف التحيل بذلك لحل الرهان، والأحسن إن كان العائق بتضييع من الفارس أو سبب سابق؛ فهو مسبوق كتضييع سوطه، وقطع لجامه، وكون فرسه حرونًا، أو نفورًا كما لو نفر من السرادق؛ فلم يدخله حتى دخل الآخر، فالسابق الداخل، ولو عدا عليه من أخذ سوطه، أو أزاله عن الطريق؛ لم يكن مسبوقًا، ولا بأس أن يقدم أحدهما الآخر بقدر من المسافة على أن يجريا معًا، أو إذا بلغ المؤخر المقدم، ولو تراهنا بثنيين، فأدخل أحدهما رباعيًا أو قارحًا؛ لم يعد سبقه سبقًا، ولو أدخل بدل الرباعي جذعًا أو ثنيًا أو حوليًا أو هجينًا بدل عرابي كان سبقه سبقًا.

قُلتُ: هذا يدل على صحة التراهن بغير معين، والظاهر في المعين لزوم عينه، وظاهر قول أبي عمر أجاز العلماء السبق في غير الرهان على الأقدام، ولا يجوز في الرهان إلا في الخف والحافر والنضل، ثم قال: شرط الرهان تقارب الخيل في السبق وإلا فهو قمار والمحلل لغو، وكذا المضمرة مع غيرها، والعراب مع غيرها خلاف ما تقدم في إدخال الهجين بدل العرابي، وخلاف قوله في الرمي: لا بأس بمراماة من يجهل رميه؛ كالفرس يجهل جريه.

قال: وروي: أنه ﷺ قال: **«خير الخيل الأدهم الأقرح الأرثم المحجل»**[1].

ابن سيده: الرثم والرثمة: بياض في طرف أنف الفرس، وقيل: هو كل بياض قل أو كثر إذا أصاب الجحفلة العليا إلى أن يبلغ المرسن، وقيل: هو البياض في الأنف.

قال: وجحفلة الدابة ما تتناول به العلف.

قال: والمرسن: الأنف.

وروى مسلم عن أبي هريرة قال: **«كان ﷺ يكره الشكال من الخيل»**.

زاد في رواية عبد الرزاق: والشكال: ما في رجله اليمنى بياض، وفي يده اليسرى

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1696) و (1697) في الجهاد، باب ما جاء فيما يستحب من الخيل، وإسناده صحيح، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب صحيح، ورواه أحمد وابن ماجة والدارمي والحاكم وغيرهم.

أو يده اليمنى ورجله اليسرى[1].

أبو عبيدة: هو محجل الثلاث قوائم، ومطلق الواحدة أو مطلق الثلاث محجل الواحدة.

ابن عبد الحكم: صح تفسير القوة بالرمي، وليس على المتناضلين، وصف سهم أو وتر برقة أو طول أو مقابليهما، ولمن شاء بدل ما شاء بغيره، وقوس بأخرى من جنسها لا عربية بغير عربية، ويجوز تعاقدهما على فارسية وعربية، ثم لكل منهما بدل قوسه بأي صنف شاء من القسي، ولا أحب شرط ألا يراميه بقوس معينة بخلاف الفرس؛ لأن الفرس هو المسابق، وفي الرمي الرجل لا القوس، ولا بأس أن يسابق رجل رجلين أو أكثر كان الواحد المسبق أو المسبق، أو عدد عددًا، أو اتفق الرماة أن المسبق أولى بالبداية بالرمي يسهمه، ثم يرميان سهمًا سهمًا حتى يتم الرشق، ثم يبدأ المسبق كذلك في الرشق الثاني حتى يفرغ الرمي، فإن كانا حزبين؛ بدأ المسبق ثم آخر من الحزب الآخر، ثم كذلك، فإن قال أحد الحزبين: يقوم اثنان ثم اثنان، وقال الآخر: بل واحد ثم واحد، فإن كان شرط عمل عليه، وإلا فالخيار للمسبق، ولا يقيم أكثر من اثنين إلا بشرط أو تراض خوف الاختلاط، وللبادئ ومن بعده أن يقوم من المقام حيث شاء، وللمسبق أن يبدأ من أي وجهي الغرض شاء، استقبل الريح أو استدبرها، وإن شرطوا ألا يرموا إلا من وجه واحد أو مع الريح أو عليها؛ جاز، ولمن شاء منهم رميه قائمًا، أو قاعدًا ما لم يشترط قيام، وتحوله من مكان لآخر ما لم يضيق على غيره، ويمنع الرمي من فوق الغرض إلا برضى من معه، وإذا رمى حزب؛ فعليه إخلاء الغرض للحزب الآخر، والرهان فيه كما مر في السباق.

الصقلي عن محمد: يجوز كون السبق عتقًا عن الناضل والمنضول، أو عملًا للناضل معروفًا، أو أن يتصدق بالسبق، أو يبني به الغرض، أو يشتري به حصرًا

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1875) في الإمارة، باب ما يكره من صفات الخيل، وأبو داود: رقم (2547) في الجهاد، باب ما يكره من الخيل، والترمذي: رقم (1698) في الجهاد، باب ما جاء ما يكره من الخيل، والنسائي: 6 / 219 في الخيل، باب الشكال في الخيل.

يجلسون عليها.

زاد الشيخ عن محمد: ويجوز كونه لأجل معلوم لا مجهول، وكونه عرضًا موصوفًا، أو سكنى مدة معلومة، أو عفوًا عن جرح عمدًا وخطئًا، ويمنع بالغرر، ومن وجب له؛ جاز أن يحال به، أو يؤخره برهن أو حميل، وحاص به الغرماء.

الصقلي عن محمد: لا بأس أن يتراهن حزب، وحزب واحد واحد، واثنان اثنان، أو أكثر، ويدخلا بينهما محللاً واحدًا.

زاد الشيخ: وشرطه كونه يخاف أن ينضلهما، ويجوز كونه أدناهما إن رمى معهما من الغرض أمناه، وإن رمى من نصفه وهما منه؛ لم يأمناه إن رمى من نصفه، وإن لم يأمناه، ورميها من النصف، وهو من الغرض؛ جاز، ويجوز رمي أحدهما معه من النصف والآخر من الغرض، ولا يجوز أن يقول: نسبقكم على أن تسبقونا سبقًا آخر.

قُلتُ: يريد: نخرج نحن سبقًا على أنه إذا استحق أخرجتم أنتم سبقًا آخر، والظاهر إن لم يكن محلل؛ حرم، وإلا اختلف فيه.

وبعد الغرض ما رضياه: وكان غرض عقبة بن عامر أربعمائة ذراع، وإن لم يسميا ذرعه؛ حملا على العرف؛ وهو مائتا ذراع.

ويجوز أن يتناضلا على أن يرمي أحدهما من الغرض إلى الغرض، والآخر من نصفه، أو من أبعد منه بقدر معلوم.

ويجوز شرط إن تعلق الجلد في الهدف، أو يجعل على الأرض تعمده الأعواد.

الجوهري: الهدف: كل مرتفع من بناء أو غيره، ومنه سمي الغرض هدفًا.

قال محمد: ويجوز شرط الرمي في جلد كبير يومًا، وفي صغير يومًا، وجعل البعد كغرض؛ فيكون الناضل الأبعد سهمًا، والتساوي لغو.

والإصابة حصول السهم في الجلد دائرًا به، وما أصابه، وسقط أو خرقه، ولم يدر به لغو، وما تعلق به، وخيف سقوطه، فإن كان أول الوجه، فإن سقط برمي ما بعده ألغي وإلا اعتبر، وإن تعلق بالجلد وانكسر، ولم يسقط حسب، وإن أصاب الجلد راجعًا على الأرض ألغي، ولو تعلق به، وما أصاب برده الريح للجلد حسب، وما صرفته عنه الريح ألغي، وما أصاب موضع الجلد لإسقاطه الريح ألغي؛ إذ لعله لو ثبت الجلد لم

يثبت فيه السهم، وإذا أزالته الريح عن محله من الغرض وأصابه حسب، وألغاه الشافعي.

قُلتُ: الأظهر إن رماه بعد نقله الريح حسب وإلا فلا.

قال: وما أصابه بفوقه، فثبت في الجلد؛ ألغي، وما أصاب العراء، فكان ملصقًا بالجلد، والجلد دائر به؛ حسب وإلا فلا، وكذلك ما دخل من العروة في الجلد، ولو انقطع وتره، وهو يرمي، فإن جاوز نصف الغرض؛ كان كسهم أخطأه، وإن لم يجاوزه؛ فله أن يرمي بآخر مكانه.

ومنهم من قال: إن جاوزت الثلاثين؛ قالوا: كما لو انقطع، فأصاب الغرض؛ حسب له فكذا إن أخطأ لم يحسب.

قُلتُ: كذا في الروايات لم يحسب.

والصواب: حسب.

قال: وأحسب أنه إن علم أنه من قطع الوتر لا من خطأ الرامي؛ لم يحسب عليه وإلا حسب، ومن عاقه الرمي لفساد بعض آلته؛ انتظره مناضله لتلافيه على ما عرف دون طول، فلو انقطع وتره ومعه آخر يبعد من وتره في الغلظ والرقة؛ لم يلزمه الرمي به إلا أن يقاربه، وكذا السهم، ولو سلم أحدهما للآخر أنه نضله، فإن كان قبل رمي ما يتبين في مثله أنه منضول؛ فليس على مناضله قبول ذلك، وكأنه كره أن يسمى منضولاً، وإن كان بعد تبين كونه منضولاً؛ جاز إن قبله الآخر.

ويمنع شرط أن من ترك الرمي اختيارًا؛ فهو منضول، ويرتفع لزوم الرمي بالغروب، ولو كان في أثناء وجه، ولو رميا بعد الغروب؛ لزم تمام الرشق، والمطر وعاصف الريح يرفعه.

ويجوز نصبهما أمينًا يحكم بالإصابة والخطأ، والخصل في النضال الخطر الذي يخاطر عليه، قاله الجوهري.

وأنشد للكميت مادحًا بعضهم قال:

سبقت إلى الخيرات كل مناضل ... وأحرزت بالعشر الولاء خصالها

قال: ويجوز أن يرميا إلى خصل مائة أو أقل أو أكثر.

قُلتُ: معناه: تحديد استحقاق الخطر بكون الإصابة في عدد من الرمي.

قال محمد: والمسبق إن زاد في الخصل ما يريد به الفرار منع، وإلا ففي جوازه مطلقًا، أو بقيد كونه مثله، فأقل قولا الرماة، والأحسن المنع إلا برضاهم.

ويجوز الانتقال في أثناء الخصل من غرض لآخر بتراضيهم، وإن قال أحدهما لصاحبه: أقلني ولك كذا بعد أن نضله أو قبل رميهما؛ لم يجز.

قُلتُ: لأنه شراء مجهول حصوله؛ لاحتمال دفع نضله بنضله.

قال: وكذا إن أسبق رجل رجلاً دينارًا، فقال المسبق لصاحبه: أزيدك دينارًا على أن يرمي معي بذلك فلان، أو قال المسبق: أحط عنك نصف دينار على أن يرمي معي بذلك فلان، وكل ذلك دون زيادة ونقص جائز.

ولو أسبقه على الرمي في يوم معين، فزاد أحدهما الآخر على أن يؤخر الرمي ليوم آخر؛ فلا بأس.

وفي ثبوت النضل لأحدهما على الآخر بإصابته دونه، أو بفضل إصابته في تمام رمي وجه واحد، وإن كان قبل تمام عدد الخصل نقل محمد عن عمل الرماة مع حكايته للشافعي، والقياس عند محمد، ولو نضل أحدهما الآخر لتمام عدد الخصل قبل تمام الرشق؛ ففي لغو إصابته من أصاب في تمامه، واعتبارها قولا محمد والرواة.

ويجوز أن يتناضلا على أن يفضل أحدهما بإصابته في عشرة، والآخر في خمسة، ويجوز أن يرميا إلى خصل عدد معين على أن يحسب لأحدهما ما أصاب به من سهم بسهمين، والآخر بسهم واحد، وعليه لا يكون في عدده فرد؛ لأنه لا يكاد يحسب لصاحب خمسة إلا بثلاثة هي ستة، فيذهب له واحد باطلاً.

والافتخار والانتماء للقبيلة حين ظن الإصابة بالرمي جائز، وبذكر الله أحب إلي، كقوله: أنا الفلاني؛ لأنه إغراء لغيره.

روي أنه ﷺ رمى فقال: **«أنا ابن العواتك»**، ورمى ابن عمر بين الهدفين وقال: أنا

بها أنا بها، وقال مكحول: أنا الغلام الهذلي[1].

قُلتُ: وهو في حين الحرب أوضح، منه قوله ﷺ في غزوة حنين حين نزل عن بغلته واستنصر: **«أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب»**[2]، ومنه حديث مسلم عن سلمة بن الأكوع: خرجت في آثار القوم أرميهم بالنبل وأرتجز وأقول:

أنـــــا ابـــــن الأكـــــوع واليـــــوم يـــــوم الرضـــــع

قال محمد: والشهادة في السباق كغيره، وإن شهدا أنه أسبق فلانًا دينارًا، فحكم عليه أن يراميه، ثم رجعا، فإن نضل المسبق صاحبه؛ لم يغرما شيئًا لعدم غرمه، وإن نضله صاحبه غرما له سبقه، وإن شهدا أنه أسبقه إلى خصل مائة، وقال هو إلى خمسين، فقضي عليه، فنضل المسبق فيما بعد الخمسين، فإن كان المسبق قد نضل بعدها أو قبلها؛ لم يغرما شيئًا لعدم غرم المسبق وإلا غرما.

ولو شهدا أنهما تناضلا بقوس عربية على مدعي فارسية، فرجعا، وقد غرم المشهود عليه غرما له، ولو شهد على الرمي في يوم كذا على من ادعاه في غيره رجع، وقد غرر المشهود عليه؛ لم يغرما، وإن اختلفا في كون السبق دينارًا أو نصفه قبل الفراغ من الرمي، ففي تحالفهما وتفاسخهما مطلقًا، أو ما لم يمعنا في الرمي، فيكون القول قول المسبق قولا أشهب وابن القاسم، وبعده القول قوله مع يمينه ما لم يأت بما يبين به كذبه، ولو قال قبل الرمي: أسبقتك على أن ترمي بعشرة في كل رشق، وقال الآخر: بخمسة؛ تحالفا وتفاسخا، وبعده المعتبر ما رميا عليه، والقول باختلافهما في الغرض قول مسبق، ولو قيل: يتحالفان ويتفاسخان كان مذهبًا، والأول أحب إلي، ولو قال:

---

(1) أخرجه ابن قانع: 302/1، والطبراني: 168/7، رقم 6724.

قال الهيثمي: 219/8: رجاله رجال الصحيح، والديلمي: 46/1، رقم 114.

(2) أخرجه البخاري: 8/21 - 37 في المغازي، باب قول الله تعالى: ﴿وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ فَلَمْ تُغْنِ عَنكُمْ شَيْئًا﴾، وفي الجهاد، باب من قاد دابة غيره في الحرب، وباب بغلة النبي ﷺ البيضاء، وباب من صف أصحابه عند الهزيمة، وباب من قال: خذها وأنا ابن فلان، ومسلم: رقم (1776) في الجهاد، باب غزوة حنين، والترمذي: رقم (1688) في الجهاد، باب ما جاء في الثبات عند القتال.

أسبقتك على أن الخصل إلى مائة، وقال الآخر: إلى خمسين؛ تحالفا وتفاسخا، ولو اختلفا فيمن جعلاه أمينًا على الحكم بالإصابة؛ قدم الحاكم بينهما أمينًا عارفًا.

قُلتُ: ظاهره: ولو حكم بأحد المختلف فيهما، ومن أبى الرمي بعد تعاقدهما على سبق من أحدهما؛ أجبر عليه. انتهى.

قال الشيخ الفقيه القاضي أبو عبد الله محمد بن عيسى بن أَصْبَغ الأزدي القرطبي المشتهر بابن مناصف في أرجوزته المسماة بالمذهبة التي قالها في نظم الصفات من الحلى والشيات، وختمها بذكر أسماء السوابق قال:

وقد رأينا من تمام القول ... فيما اعتمدنا من نعوت الخيل

أن نختم التأليف في التبويب ... بسبق الخيل على الترتيب

وهيئة الحلبة في المضمار ... وفوتها في درك الأخطار

وما الذي يحوز خصل السبق ... منها إذا جاء كسهم الرشق

منسوبة جملتها للعرب ... وبعضها قيل لأهل الأدب

وهاكها مسرودة مفسره ... مشتقة أسماؤها ميسره

بحسب الوسع على ما يمكن ... في الغرض الذي به يبين

فالحلبة التي هناك تعرف ... جماعة الخيل التي تألف

من حلب القوم وأيضًا أحلبوا ... كل بمعنى اجتمعوا وحزبوا

وموضع الجري هو المضمار ... ثم المدى غاية ما يسار

والخصل ما يجعل للسوابق ... عند المدى من خطر المسابق

وكان من فعلهم فيما مضى ... أن يجعل الشيء الذي قد عرضا

على رؤوس قصب الرماح ... في طرف الغاية للإفصاح

ومنه قالوا في الذي قد كملا ... حاز فلان قصب السبق علا

وجملة المخصوص عند العرب ... من سبق الخيل لوضع اللقب
عشرة محفوظة الأسماء ... موقوفة النقل على الفراء
أولها سبقا هو المجلي ... ينقض مثل النجم أو كالنبل
اشتق من جلا بمعنى أظهرا ... ما كان من أمر الرهان مضمرا
وقد يقال أيضًا المبرز ... والسابق الكل بهن ينبز
والفرس الثاني هو المصلي ... لأنه يليه دون فصل
فهو كأن رأسه تراه ... عند صلا الأول من أخراه
وثالث الخيل هو المسلي ... من السلو في اشتقاق الفعل
كأنما صاحبه به سلا ... إذ جاء بعد السابقين أولا
وبعده الرابع وهو التالي ... لتلوه الثالث في الإعجال
فنسبوا الرابع للمسلي ... كنسبة التالي من المجلي
ثم يليه الخامس المرتاح ... كأنه من كده يرتاح
إذ كان يخشى أن يكون بعد ... لكونه في السبق منه بعد
وبعده السادس وهو العاطف ... عطفًا على المرتاح يعني الواصف
لأنه قد فاته ما قبل ... فانضاف للمرتاح أيضًا يتلو
فنسبوه منه في التولي ... كنسبة التالي من المسلي
والسابع الذي هو الخطي ... وأصله من خطوة معني
لأنه يحظى وإن تأخرا ... بسبق ما خلفه مؤخرا
والثامن الذي هو المؤمل ... ليس وراءه لسبق أمل
فهو مؤمل الثلاث الباقية ... بأن يفوز من ملام اللاحية

والتاسع اللطيم فهو محرم — حظ الجياد قبله ويلطم
لأنه لم يترك المؤمل — لتلوه حظاً عليه يعمل
والعاشر السكيت ليس يظر — وما أتى من بعده لا يذكر
وأصله ووزنه فعيل — من السكوت إذ عداه القول
لأنه ماذا عسى تراه — يقول واللطيم في أولاه
ويؤثر السكيت والسكيت — كلاهما فيه وقد وفيت

[كتاب النكاح]

النكاح: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر[(1)]، فيخرج عقد

(1) قال الرَّصاع: هذا حده - رحمه الله ونفع به ورضي عنه- وقد رد على ابن بشير حده، ورده حلي طردًا وعكسًا؛ لأنه قال: في حده عقد على العضو بعوض هذا لا شك في نقضه طردًا ببعض صور الزنا وصادقية الحد عليه.

قال: وعكسه يبطل بالنكاح الذي عقد على الإصداق فإنه نكاح، هذا إن أراد أن يحد الصحيح والفاسد، وإن أراد الصحيح فقط؛ بطل طرده بنكاح المتعة، وكثير من الصور الفاسدة، ثم نقل عن الشيخ ابن عبد السلام: أنه استعذر عن ابن الحاجب في كونه لم يذكر حده بأنه ذكر أركانه قال: لأنه لا معنى للحد إلا ذكر أركانه، وقد ذكرها.

قال الشيخ: الذي ذكره ابن الحاجب أركانه الحسية، ولا يصح الحد بها؛ لأنها لا تحمل على المحدود، وإنما يصح بالأركان المعنوية، وتقدمت الإشارة إلى ذلك أول الكتاب والله أعلم.

قوله: والكافر بعد أن يسلم له عدم اعتبار الهيئة الاجتماعية في العقدة الثانية لا الأولى هذا الكلام من تمام الرد على شيخه: فكأنه يقول: إن سلم أن الحد يكون بذكر أجزاء المحدود من غير مراعاة الهيئة الاجتماعية؛ فلا بد أن يكون بالأجزاء المحمولة، وهي الثانية في لفظه لا الأجزاء المحسوسة وهي الأولى، وانظر ما ذكره هنا الرهوني في المقدمة عن صاحب القسطاس في الحد بالأجزاء المحسوسة، فإنه يشهد لابن عبد السلام، واعترض بعض مشايخنا - رحمهم الله - على الشيخ في تسليمه أن الصيغة من أركان النكاح بما نشير إليه في الصيغة، ورأيت أيضًا للشيخ المذكور اعتراضًا يقول فيه: وقول ابن عرفة المذكور إنما هو الأجزاء المعنوية لا الأجزاء الحسية ممنوع.

قوله: لامتناع حملها عليه مسلم، وهو غير مستلزم ركنيتها؛ لعدم اختصاصه بالأجزاء الحسية؛ إذ هو عام فيها، وفي الشروط ألا ترى كيف تعقب على ابن شاس وابن الحاجب والغزالي جعلهم الأهل والمحل، والقصد مع اللفظ من أركان الطلاق مع أنها خارجة عن حقيقته، وكل خارج عن حقيقة الشيء ليس ركنًا له، فما تعقب به هناك يرد هنا، فتأمل هذا فإن فيه بحثًا، ثم نرجع إلى شرح حده ﷺ قوله: (عقد) عبر الشيخ في الجنس هنا بالعقد؛ لأن النكاح فيه إيجاب، وقبول من جانبين، والعقد فيه لزوم للعاقد على نفسه أمرًا من الأمور، وأصل العقد في اللغة الربط، ومنه عقد إزاره، وقد يستعار، ويستعمل للمعاني، كما قال الحطيئة: قوم إذا عقدوا عقدًا لجارهم البيت والنكاح والبيع وغير ذلك فيها لزوم للنفس؛ فلذا قال: عقد؛ لأنه موافق للمقولة، ثم قال: على مجرد هذا هو المعقود عليه.

قوله: (مجرد)؛ مجرد اسم مفعول من جرد وهو صفة قبل الإضافة للمتعة؛ أي: المتعة المجردة بمعنى أنها المقصودة من غير إضافة شيء إليها، واحترز به من العقد على المنافع والذوات والمتعة معلومة مشهورة؛

فلذا عرفه بها، وهي التلذذ والتمتع أعم من التلذذ؛ لأن التمتع يكون معنويًا وحسيًا كتمتع الجاه، والولاية وتمتع الركوب والأكل والمقدمات، والتلذذ يكون في الأمور الحسية، فأخرج بمجرد المتعة ما ذكرنا مما لم يقصد، ودخل ما قصد في أصله التمتع فقط، ثم أخرج الأمور المعنوية بقوله: التلذذ، ثم أخرج من الحسية التلذذ بالطعام والشراب بقوله: بآدمية هذا الذي ظهر، وزعم بعض المشايخ: أنه أخرج به العقد على الجنية، وفيه عندي بعد، والله أعلم، ثم قال: (غير موجب قيمتها) هذا القيد أخرج به تحليل الأمة إذا وقع ببينة، فإنه يصدق عليه أنه عقد على مجرد التلذذ بآدمية ببينة؛ لكنه عقد على تلذذ بآدمية يوجب ذلك التلذذ قيمة الآدمية، والقيمة في المحللة تجب بالتلذذ، وقيل: بالغيبة على المحللة، وإطلاق متعة التلذذ يوجب إدخال نكاح الخصي والمجبوب وهو ظاهر قوله: (ببينة) حال من التلذذ؛ معناه: في حال كون التلذذ يكون ببينة قبل وجوده أخرج به صورة الزنا.

قوله: (غير عالم)؛ يحتمل فيه أن يكون نصبًا على الحال من المضاف إليه وهو المتعة؛ وهو المعقود عليه، فكأنه قال: عقد على المتعة المجردة في التلذذ بآدمية حال كون المتعة غير عالم عاقدها حرمتها، وهي حال جرت على غير من هي له بمعنى أن المتعة المذكورة المقيدة في حالة كون العاقد عليها لا يعلم حرمتها، ولما حذف الجار اتصل الضمير، ويحتمل الرفع على الصفة، وهو الذي ينطق به كثير من الشُيُوخ وأخرج بذلك صورة العقد على آدمية بالقيود المذكورة كلها، والعاقد عالم بتحريم المتعة بتلك الآدمية؛ كالعقد على الأخت والعمة، وغير ذلك من المحرمات في كتاب الله تعالى، فإن ذلك ليس بنكاح؛ بل حكمه حكم الزنا والسفاح؛ فلا يلحق فيه ولد، ولا يدرأ فيه حد لقوة الدليل على التحريم هذا على القول المشهور في أن ذلك مقصور على ما حرمت المتعة فيه بكتاب الله تعالى؛ ولذا قال: (إن حرمها الكتاب على المشهور)، وجملة إن حرمها فيه تقييد وقع الحال موقعها، فكأنها حال مقدرة كما أن جملة الشرط حال في قوله إن تستغيثوا بنا البيت وتقدم فيه بحث؛ لأن جملة الحال لا تصدر باستقبال، ثم أشار إلى القول الآخر في أن ذلك لا يقتصر فيه على تحريم الكتاب؛ بل ذلك عام فيما وقع تحريمه بالكتاب أو بغيره، وهو أعم وأشمل مما حرمه الكتاب وحده مما عد في كتاب الله تعالى؛ فلذا قال: (أو الإجماع على الآخر)؛ وهو معطوف على الكتاب أي: ما حرمه الإجماع على القول الآخر، وهما طريقان مشهوران في المذهب، بنوا عليهما مسائل في النكاح والزنا كما هو مقرر في محله، ونذكر ما تمس الحاجة إليه في فهم رسمه، ومثال ذلك إذا جمع بين المرأة، وعمتها أو نكح نكاح متعة، عالمًا بتحريم ذلك، فهل يصدق عليه أنه نكاح يثبت فيه لوازم النكاح، أو لا يصدق عليه ذلك، ويكون حكمه حكم الزنا قولان المشهور أن حكمه حكم النكاح، والقول الآخر: أن حكمه حكم الزنا، فالأول يقول بعدم حده، وبإلحاق الولد به، والثاني عكسه، فالأول يراعي المحرمات بكتاب الله فقط، وما حرم بالسنة لا يكون حكمه حكم ذلك، والثاني يراعي ما يعم ذلك، فإذا صح هذا؛ وجب أن يقول الشيخ: كما رأيته في لفظه، أو الإجماع بغير واو بعد، أو وكان يمر لبعضهم، وذكره بعض مشايخنا في الرد عليه أن صوابه بإثبات الواو، ويقول في بعض مجالسه: إن صوابه أو والإجماع بزيادة واو بعد أو؛ لأن الأول لا يقول بالثاني، والثاني يقول بالأول، ويزيد عليه، وذلك إنما يكون مع الواو، وعلى ما قررته يتعين أن يكون بغير واو، ولأنا قررنا أن أحدهما

علل التحريم بأمر خاص، والآخر علله بأمر عام، فلا يصح إلا كما ذكره؛ فالدليل الثاني أعم وأشمل، والأول أخص وأقل أفرادًا، فيتعين حرف أو فتأمله، (فإن قلت): كيف.

قال الشيخ: إن حرمها الكتاب على المشهور، فظاهره العموم في كل ما حرم الكتاب وأنه يحد، ولا يلحق به ولد، وقد قال في المدَوَّنة فيمن تزوج المعتدة وهو عالم بتحريمها: لا يحد، وقد حرم ذلك بالكتاب.

(قُلتُ): النص فيه كما ذكره السائل؛ لكن المسألة قالوا: إنها خرجت على خلاف الأصل، ولذا عارضوها بمن تزوج امرأة خامسة.

قال اللخمي: ولا فرق بينهما، والأصل ما أشار إليه الشيخ ﷺ، وما خرج عن الأصل، فهو نادر لا يقع النقض به، (فإن قلت): كلام الشيخ ﷺ هنا في حده دل على أنه مهما كان عالمًا بتحريم ما حرمه الكتاب، فإنه لا يكون عنده نكاحًا، ويحد ولا يلحق به ولد، وذلك لازم الزنا، وقد عد الفقهاء مسائل يقع فيها الحد، ويلحق فيها النسب، فعدوا من ذلك ما إذا عقد على ما علم تحريمه ووطئ، وأقر بذلك، فإنه يحد، ويلحق به الولد.

(قُلتُ): أشار إلى استشكال ذلك الشيخ ابن عبد السلام في كتاب النكاح، وتأول ذلك بأنه إنما علم بعد العقد، وما أشار إليه صواب، ولذلك ذكر ابن رُشْد ضابطًا في مثل هذه المسائل؛ وهو أن كل حد يثبت بالإقرار، ويسقط بالرجوع، فالنسب فيه ثابت، وكل حد لا يسقط بالرجوع، فالولد فيه منفي، وعلى هذا يحمل ما وقع في المدَوَّنة؛ حيث قال: إن الحد إذا ثبت انتفى الولد، (فإن قلت): رأيت عن بعض مشايخنا - رحمهم الله - سؤالاً أظنه لم ير كلام الشيخ، وهو فيه، وأجاب عنه؛ وحاصله أن حد الشيخ يرد عليه عدم الانعكاس بصورة إذا دخل الزوج بزوجه دون إشهاد فرق بينهما، وإن طال الزمان بطلاق لإقرارهما، وإذا كان الدخول فاشيًا، أو بشاهد واحدٍ، فلا حد للشبهة، فهذه صورة من صور النكاح، وليس فيها بينة قبله؛ لأن الفشو ليس ببينة، والشاهد كذلك، وأجاب عن ذلك بأن القصد إخراج هذه الصورة؛ لأن ابن رُشْد علل درء الحد بالشبهة لا بثبوت النكاح، فهل هذا الجواب صحيح؟.

(قُلتُ): حاصله التزم أنه سفاح لا نكاح، ودرئ الحد فيه لما ذكر، وفيه بحث، وقد أوردت على رسم الشيخ ﷺ أسئلة منها خروج نكاح المتعة، وهو لا يرد؛ بل يدخل؛ لأنه للأعم من الفاسد، والصحيح، وكذلك المسلمة تتزوج كافرًا، وكذلك أنكحة المشركين، وكذلك إذا وكل رجل رجلاً على عقد النكاح، والوكيل غير عالم بالتحريم والموكل عالم، ولك النظر في الجواب عن هذه الاعتراضات، وهل يقال: فيها أنكحة فاسدة، وأورد على الحد من حلل أم ولده، فإنه لا يوجب القيمةو وكذا إذا حلل أمته لخصي أو لمقطوع الذكر ببينة في كل ذلك؛ فإنه لا يوجب القيمة، وليس بنكاح، (فإن قلت): تعريف الشيخ: هل المراد منه الصحيح والفاسد أو الصحيح وحده؟.

(قُلتُ): أراد عموم النكاح سواء كان صحيحًا أو فاسدًا، وهذا هو المختار عند جماعة، وذكره الشيخ ابن عبد السلام في مواضع من كتابه، والله الموفق، (فإن قلت): إن صح ما أشرتم إليه فلا فائدة؛ لزيادة قوله: إن حرمها إلخ؛ لأن الفاسد على قسمين: قسم يوجب الحد، وقسم لا يوجبه لقوة الشبهة.

(قُلتُ): لا نسلم أن الذي وقع تحريمه بالكتاب، والناكح عالم بالتحريم أنه يصدق عليه أنه نكاح؛ بل

تحليل الأمة إن وقع، ويدخل نكاح الخصي والطارئين؛ لأنه ببينة صدقا فيها، ولا يبطل عكسه نكاح من ادعاه بعد ثبوت وطئه بشاهد واحد، وفشو بنائه باسم النكاح لقول ابن رُشْد: عدم حده للشبهة لا لثبوت نكاحه، وقول ابن بشير: عقد على العضو بعوض؛ يبطل طرده بعض صور الزنا، وعكسه ما عقد على أن لا صداق، وإن أراد صحيحه دخل نكاح المتعة، وما عقد بغير ولي، وكثير من صور فاسده، وقول ابن عبد السلام: (ترك ابن الحاجب تعريفه لاكتفائه بذكر أركانه: الصيغة، والولي، والزوجين، والصداق؛ إذ لا معنى للحد إلا ذكر مجموع الأجزاء)؛ يرد بأن ما ذكره أركانه الحسية

يصدق عليه سفاح؛ لأن النكاح والسفاح متنافيان؛ لتنافي خاصتهما؛ لأن تنافي اللازم يدل على تنافي الملزوم، وإن أطلق على مثل بعض الصور نكاح باعتبار قصد الناكح، فذلك لا يخل بما ذكرنا، فقولكم: إنه يصدق على ذلك نكاح فاسد باطل؛ فلذا زاد: ما رأيته.

(فإن قلت): وقع في المدَوَّنة وغيرها: أنه لا يجوز اجتماع البيع والنكاح، فإن وقع كان نكاحًا فاسدًا لصداقه وصورته إذا عقد على المتعة بامرأة بعشرة دنانير مثلاً، واشترط عليها أن تبيعه عبدها، فهذا كيف يصدق عليه أنه عقد على مجرد المتعة؟ وقد قارن العقد هنا معاوضة بمال، فالعقد قد وقع على مجموع المتعة مع الذي انضاف إليها، فيلزم أن يكون هذا نقضًا على العكس؛ لأن هذه الصورة من النكاح الفاسد، ولم يقع فيها عقد على مجرد المتعة.

(قُلتُ): يمكن الجواب بأن نقول: إن القصد الأصلي؛ إنما هو المتعة، وما كان بالعرض والتبعية، فليس بمقصود، فجعل التبع؛ كأنه عدم؛ فلذا كان ذلك نكاحًا، ويصدق عليه النكاح، وفيه بحث لا يخفى عليك، والله الموفق، (فإن قلت): عادة.

الشيخ: في حده إذا كانت أوصاف حسية للحقيقة الشرعية، ولا يصح حملها يذكر ما يصح حمله، ويضيفه إلى الأركان مثل قوله: الصلاة ذات إحرام إلخ، وهنا لم يذكر شيئًا من ذلك.

(قُلتُ): يظهر أن هذا رسم للنكاح ذكر فيه لوازم خاصة به تخرجه عن الزنا، وما شابهه من التحليل، ولم يحتج إلى ذكر أجزائه من صداق وصيغة، وغير ذلك على أن الشيخ اختار في الصداق أنه غير ركن في صحيح النكاح؛ لكن إسقاطه مناف؛ ولذا قال: إن إمكان لزوم الصداق شرط في النكاح الصحيح، واعترض هناك على شيخه ابن عبد السلام بأن في كلامه تنافيًا؛ حيث صرح بأن النكاح الصداق في مطلقه ركن، وأنه في نكاح التفويض غير ركن، (فإن قلت): النكاح المسمى بالجفنة؛ إما صحيح إذا عدم الكتب أو فاسد وعلى كل؛ فهو نكاح، وليس فيه بينة قبل التلذذ؛ فهو غير منعكس.

(قُلتُ): الجواب: أنا نقول: إن الوليمة فيه المقصد منها إظهار النكاح فهي كالبينة وفيه بحث؛ لأنه يلزم أن يقول: أو ما يقوم مقامها، وانظر الشيخ في الوليمة، فإن له بحثًا يناسب ما هنا.

لامتناع حملها عليه لا المحمولة، والكافر بعد أن يسلم له عدم اعتبار الهيئة الاجتماعية في التعقل الثانية لا الأولى.

القاضي والصقلي: هو مندوب إليه.

اللخمي: هذا لمن لا أرب له إن رجي نسله، وإلا فمباح كالعقيم والشيخ، والخصي والمجبوب، وذو أرب كالأول إن قدر على العفة، وإلا وجب إن لم يعفه صوم أو تسرٍّ، وإلا فهو أولى منهما، والمرأة مثله إلا في التسري لامتناعه عليها.

قُلتُ: ويوجبه عليها عجزها عن قوتها أو سترها إلا به.

المازري: الآمن وقوعه في محرم إن اشتهاه، ولم يقطعه عن فعل الخير ندب إليه، وإن لم يشتهه وقطعه عنه كره له، وإن لم يقطعه فقد يقال: يندب إليه، وقد يقال: يباح له.

ابن رُشْد: إن خاف عدم الوفاء بواجبه؛ كره له، والقول بندبه مطلقًا لا يصح.

عياض: من له رغبة في متعة النساء، ولا يقدر على الوطء والنكاح يغض بصره ندب إليه.

ابن بشير عن بعضهم: إن خاف العنت؛ وجب، وإلا حرم إن أضر بالمرأة لعجزه عن الوطء أو مطلق النفقة، أو إلا من حرام، وإلا ندب إليه إن تشوف إليه، وتشوش عليه فعله إن تركه، وإلا كره له إن لم تكن له حاجة، أو قدر على التعفف، وتزويجه يضيق حاله، ومباح إن تساوت أحواله.

[باب صيغة النكاح]

صيغته: ما دل عليه كلفظ التزويج والإنكاح، وفي قصرها عليهما نقلا الباجي عن ابن دينار مع المغيرة ومالك، وعليه قال القاضي: ينعقد بلفظ دل على التمليك أبدًا كالبيع(1).

(1) قال الرَّصاع: قال: ما دل عليه كلفظة التزويج والإنكاح؛ معناه: ما دل على عقد النكاح بلفظ التزويج، أو لفظ الإنكاح، كما إذا قال: زوجتكها أو أنكحتها هذا إن قصر على ما ذكر، وهو قول ابن دينار والمغيرة، وإن لم يقصر، فيقال على ما يفهم من كلام القاضي: لفظ دل على التمليك أبدًا هذا معنى ما فهمت منه، فلو قال: ما دل عليه بلفظ التزويج أو الإنكاح على رأي، أو ما دل على التمليك أبدًا على

ابن القُصَّار: وإن لم يذكر صداق في الهبة، ثالثها: إن ذكر.

لابن القُصَّار مع القاضي، وإحدى روايتي أبي عمر، وأخراهما مع ابن القاسم، وفي كون الصدقة كالهبة، ولغوها قول ابن القُصَّار وابن رُشْد، وفي الإحلال والإباحة قولان لبعض أصحاب ابن القُصَّار، وله.

قُلتُ: حكى أبو عمر الإجماع على الثاني، ونقل ابن بشير عن ابن القُصَّار الإطلاق كالتحليل والإباحة، والرَّهن والإجارة، والعارية والوصيَّة لغو، وجواب قولها أحد العاقدين يقول للآخر: قبلت قبلت كاف في انعقاده.

أبو عمر: وإشارة الأخرس به كلفظه، ولازم استحباب خطبة الخاطب تقديم إعطاء الولي، وتأخير قبوله الزوج، وفي لزومه هزلاً، ولو من أحدهما قول المشهور، ونقل ابن رُشْد رواية الواقدي مع الباجي عن علي: يفسخ أبدًا، وقول الباجي: معناه: إن أقر بالهزل، يرده سماع أبي زيد ابن القاسم: من قال لمن قال له: أراك تبصر هذا بلغنا أنه ختنك اشهدوا أني زوجته ابنتي بما شاء، فقال الرجل بحدثانه: امرأتي، فقال الأب: كنت لاعبًا؛ حلف ما كان منه على وجه النكاح، ولا شيء عليه.

وفيها: إن قال لأبي البكر أو ولي فوضت إليه: زوجني وليتك بكذا، فقال: فعلت، فقال: لا أرضى؛ لزمه، ومن خطب منه، فقال: زوجت فلانًا؛ ثم أنكر، وقال: كنت معتذرًا في ثبوت إنكاحه للمقر له، ثالثها: إن ادعاه بعقد تقدم ويحلف، وبإقراره حلف المقر، وسقط لأَصْبَغ مرة، وابن رُشْد مع محمد وأَصْبَغ مع ابن القاسم وابن كنانة.

والخطبة عند العقد.

الشيخ: روى محمد: هي حينئذ من الأمر القديم، وما نرى تركها وما قل أفضل، وفي استحبابها من الخاطب قبل طلبه، ومن الآخر قبل إجابته، أو من الأول فقط قولا

رأي لصح، وجرى على عادته؛ فلا تصح على الرأي الثاني الإباحة أو الإجارة أو العارية؛ لقوله على التمليك أبدًا: ولو زيد أو بإشارة الأخرس لكان حسنًا، وعبارة الشيخ هنا في الصيغة لا يرد عليها شيء مما اعترض به الشيخ ابن عبد السلام في باب الضمان أن الصيغة دليل على الأجزاء لا أنها هي الأجزاء، ويعترض على ابن الحاجب هنا، وعلى من سلم له ذلك، والشيخ لم يعترضه هنا، وقد رأيت لبعضهم الاعتراض عليه بذلك، والله أعلم.

ابن حبيب وظاهر قول محمد.

وخطبة رجل على خطبة آخر قبل مراكنة المخطوب إليه جائزة.

ابن رُشْد: ولو اتحد الخاطب بخطبته لغيره أولًا ولنفسه ثانيًا، وفعله عمر.

أبو عمر: عن ابن وَهْب: طلب جرير البجلي عمر أن يخطب له امرأة من دوس، ثم طلبه مروان ابن الحكم بذلك لنفسه ثم ابنه عبد الله كذلك، فدخل عليها عمر فأخبرها بهم الأول فالأول ثم خطبها لنفسه فقالت: أهازل أم جاد؟ قال: بل جاد؛ فنكحته وولدت له ولدين. قال: وفي سماع أبي أويس: أكره لمن بعث خاطبًا أن يخطب لنفسه وأراها خيانةً، وما سمعت فيه رخصة.

قُلتُ: هذا إذا خص نفسه بالخطبة لفعل عمر ﷺ.

ابن رُشْد: وتمنع بعد المراكنة وتسمية الصداق.

وفي منعها قبل تسميته، وبعد المراكنة والمقاربة قول ابن حبيب مع الأخوين، وابن عبد الحكم وابن القاسم وابن وَهْب، ونص ابن نافع مع ظاهر قولي ابن وَهْب في سماع عيسى ابن القاسم وقول مالك في الموطأ.

أبو عمر: إن ركنت المرأة أو وليها ووقع الرضا؛ لم تجز اتفاقًا.

قُلتُ: ظاهره: ولو لم يسموا صداقًا.

ابن رُشْد: في فساد عقد الممنوع لمطابقته النهي قولان، وعلى الفساد في فسخه مطلقًا أو قبل البناء قولا ابن نافع.

أبو عمر: في فسخه ثالث الروايات قبل البناء.

العُتْبِيّ وابن رُشْد عن سَحنون عن ابن القاسم: لا يفسخ ويؤدب عليه.

وروى أشهب وابن نافع: من تزوج بخطبته على خطبة آخر بعد اتفاقهما على الصداق وتراضيهما، وهي تشترط لنفسها؛ لم يفسخ نكاحه؛ لأنه يجحد ولا يعرف، ولو ثبت ذلك دون شك فرق بينهما.

قال ابن وَهْب: من تزوج بخطبة على خطبة آخر بعد ما رضوا به، وثبت النكاح وسموا الصداق فتاب؛ تحلل الأول، إن حلله؛ رجوت أنه مخرج له، وإن لم يحلله؛ استحسنت له تركها دون قضاء عليه إن كان أفسد عليه بعد أن رضيت به، فإن تركها له

فلم يتزوجها؛ فللثاني مراجعتها بنكاح جديد.

عيسى: إن لم يحلله؛ استغفر الله، ولا شيء عليه.

وسمع عيسى ابن القاسم: تقدم خطبة المسخوط مع تقارب الأمر بينهما لا يمنع خطبتها صالحٌ، وينبني لوليها خطبًا على الصالح دونه.

وسمع ابن القاسم لمريد تزويج امرأة نظره إليها بإذنها.

ابن رُشْد: إلى وجهها.

المازري: ويديها.

وكره مالك أن يغتفلها، وأجازه ابن وَهْب.

قيل لأَصْبَغ: رواه.

قال: لا، بل رآه.

وروى محمد بن يحيى: لا بأس أن ينظر إليها عليها ثيابها.

وروى ابن القاسم: لا ينبغي.

الباجي: لعله يريد اغتفالاً، واختار ابن القطان كون النظر إليها مندوبًا إليه للأحاديث بالأمر به.

وقيد مطلق النظر إليها بعدم علم الخاطب عدم الإجابة لتزويجه، واختار قول ابن وَهْب، ومال إلى جواز النظر إلى جميع البدن سوى السوأتين، وزيف نقل جواز النظر إليها عن داود.

قال: وروى قاسم بن أَصْبَغ عن الخشني عن ابن أبي عمر عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن محمد بن علي: أن عمر ﷺ خطب إلى علي بن أبي طالب ابنته أم كلثوم، فذكر له صغرها، فقيل له: إنه ردك، فعاوده، فقال له علي ﷺ: أبعث بها إليك، فإن رضيتها؛ فهي امرأتك، فأرسل بها إليه، فكشف عن ساقها، فقالت له: مه، لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك، وكانت أم كلثوم هذه ولدت قبل وفاة النبي ﷺ، وروى القصة عبد الرزاق عن سفيان نحوه.

وفيها: أرسل لولا أنك أمير المؤمنين؛ لصككت عينك، ويزيد فيها أهل الأخبار أنه بعثها إليه بثوب، وقال: قولي له هذا الذي قلت لك عليه، فقال لها عمر: قولي له

رضيت به، فلما أدبرت؛ كشف عن ساقها، فقالت له ما ذكر في الحديث الأول، فلما رجعت إلى أبيها قالت: بعثتني إلى شيخ سوء فعل كذا.

قال: هو زوجك يا بنية.

قُلتُ: ما ذكره عن أهل الأخبار ذكره أبو عمر.

وفيه: فبعثها إليه ببرد.

وفيه: لولا أنك أمير المؤمنين؛ لكسرت أنفك.

وفيه: فجاء عمر إلى مجلس المهاجرين في الروضة، وكان يجلس فيها المهاجرون الأولون، فجلس إليهم، فقال: رفئوني، فقالوا: بم ذا يا أمير المؤمنين؟.

قال: تزوجت أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب، سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«كل نسب وسبب وصهر منقطع يوم القيامة إلا نسبي وسببي وصهري»**[1]، فكان لي به ﷺ النسب والسبب، وأردت أن أجمع إليه الصهر فرفؤوه.

قال: وذكر ابن وَهْب عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب تزوج أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه على مهر أربعين ألفًا.

[باب ولاية عقد النكاح]

الولي: من له على المرأة ملك، أو أبوة أو تعصيب، أو إيصاء أو كفالة، أو سلطنة أو ذو إسلام؛ فالأخوة للأم لغو[2].

---

(1) أخرجه الطبراني في الأوسط: 80/5، رقم 4144، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد: 22/7، رقم 3963، وفي مجمع الزوائد: 20/10.

(2) قال الرَّصاع: قوله: (الولي)؛ يعني الشرعي الحقيقي في ذلك.

وقوله: (من له على المرأة)؛ أي: الذي استقر له على المرأة، ولفظ المرأة يطلق على الزوجة، وذلك يشمل الأمة وغيرها، ويطلق على ما يقابل المرء أيضًا؛ أي: استقر له نظر على المرأة، ثم قسم النظر إلى أقسام الأول نظر الملك، وقدمه لقوته.

(فإن قلت): هل يقال: إن ولاية الأب أقوى في الجبر في ابنته البكر؛ لأنه إذا عقد غير الأب مع وجوده يجب فسخ النكاح باتفاق على طريق الأكثر بخلاف السيد في أمته ففيه خلاف مشهور.

(قُلتُ) القوة تحصل بقوة التصرف في المولى عليه حتى بالبيع وغير ذلك.

=

المتيطي: روى علي: إن زوج أخ للأم مضى.

قُلتُ: فالأحق المالك، والمعروف: ثم الابن ولو سفل ثم الأب.

الباجي: في بعض الكتب: روى المدنيون: الأب ثم الابن ثم الأخ لأب، ثم ابنه ولو سفل ثم الجد.

المغيرة: الجد ثم الأخ ثم العم، ولو علوا ثم ابنه، ولو سفل على رتبة الإرث.

وفي تقديم شقيق أخ عليه لأب روايتان لابن حبيب مع قول ابن القاسم ولها، فأجراهما اللخمي في ابنها، وفي العمين وابنيهما قال: ورواية ابن القُصَّار: (يجوز للأخ

قوله: (أو تعصيب)؛ كالإخوة للأب أو الشقيق وكالعمومة.

قوله: (أو إيصاء)؛ أي: من أسند إليه الإيصاء أب أو وصي أو سلطنة؛ يعني من تقرر عليها نظر من سلطان، وهو القاضي.

وقوله: (أو إسلام)؛ هو أعم الولاية.

(فإن قلت): أو المذكورة هنا لأي معنى هي وهل معناها كما وقع في كلام سيدنا عمر ﷺ فيما نقله في المدَوَّنة، فإنه قال فيها: قال مالك: وقول عمر لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان.

قال ابن حبيب عن ابن القاسم: أو للتخيير والمساواة، فإنه يجوز للسلطان أن يزوج والوصي حاضر، وقد قال ابن رُشْد: وهو الصواب أن ذلك على الترتيب في الاختيار لا في الوجوب؛ لأنه يقول: أولياء المرأة أحق.

(قُلتُ): كلام الشيخ هنا: يظهر أنه قصد بها التنويع، (فإن قلت): ذو الرأي لم يذكره الشيخ.

(قُلتُ): بل ذكره؛ لأنهم فسروه بالرجل من العشيرة وابن العم، (فإن قلت): الشيخ: ختم في آخرها بذي الإسلام، وما ذكرتموه عن سيدنا عمر ختم بالسلطان.

(قُلتُ): السلطان نائب عن المسلمين، فإن لم يكن؛ فالجماعة من أهل الإسلام تزوج بالولاية العامة، فإن الولاية عامة وخاصة، (فإن قلت) بعض هذه الأنواع مما عرف به الولي تحتاج إلى تفسير عرفًا كالأوصية.

(قُلتُ): رآها جلية في معناها واو هنا على ما فسرنا، وتجري مسائل على حده: وأحكام يطول تنزيلها عليه، (فإن قلت) المالك لعبده يجبره سيده، وليس هو من له ملك على المرأة.

(قُلتُ): الولي الذي وقع في الحديث أنه شرط، أو ركن في النكاح هو ولي المرأة؛ فلا يرد ما ذكرته، (فإن قلت): قوله: أو كفالة ظاهره أن الكافل ولي مطلقًا، وكثير من أهل المذهب خصه بالدنية.

(قُلتُ): قد قال جماعة أيضًا بالإطلاق في ولايته، فلا يضر ذلك في حده، ولا يضره أيضًا الإطلاق في عدم القيد ببلوغ وعقل، والله سبحانه أعلم.

إنكاح أخته مع وجود الأب) مرغوب عنها.

الباجي: ثم المولى الأعلى.

قال: وفي الجلاب: يعقد الأسفل، وإن لم يكن عاصبًا.

ابن زرقون: إنما فيه لا ولاية للأسفل على الأعلى.

قال: وروى محمد معها: الأسفل من الأولياء، وقول ابن الحاجب: ثم الأعلى لا الأسفل على الأصح، إن أراد بمقابل الأصح استواءهما، فقد يفهم من ظاهر قول محمد معها، وأنكر ابن عبد السلام إرادة سقوطه بأنه لا خلاف في ثبوته، ويرد بنقل أبي عمر في الكافي وابن الجلاب وابن شاس: لا ولاية له.

أبو عمر: ثم عصبة المعتق ثم معتقه، كما مر ثم، السلطان، والكافل يأتي.

اللخمي: ذو النسب المورث مقدم عليه.

واختلف في غير المورث لبعده ظاهر المذهب كالمورث.

ابن الماجِشُون: القاضي أحق من الرجل من البطن.

المتيطي والباجي عن ابن القاسم: السلطان والولي وذو الرأي سواء.

فالمالك ولو تعدد؛ يجبر عبده وأمته.

وروى محمد: إن قصد ضررًا كرفيعة من عبده الأسود على غير صلاح؛ لم يجز.

وسمع ابن القاسم: لا يضر بعبده بتزويجه من لا خير فيه، ويوكل المكاتب على العقد على أمته دون إذن سيده على ابتغاء الفضل.

ويزوج الوصي رقيق محجوره بالأصلح، ومالك بعض من بعضه حر ولي؛ لا يجبر ولا يجبر.

و سمع ابن القاسم: لا تجبر أم ولد على نكاح يضر بها.

ابن رُشْد: كذات جمال وعقل وشباب من عبد وغد.

وفي جبرها من غيره رجوع مالك إلى سماع ابن القاسم نفيه عن رواية ابن حبيب ثبوته.

ابن رُشْد: هو ظاهر إرخاء الستور فيها، وقول محمد.

وفي جبر المعتقة لأجل قبل قرب أجلها، قول سَحنون مع ابن القاسم وروايته

ورواية أشهب، وخرجها ابن رُشْد على رواية أشهب لا يجبر إلا من يحل له وطؤها، وعزا الشعبي لابن أبي زَمَنَيْن جبرها ولموسى الوتد نفيه.

المتيطي عن ابن حبيب: السنة طول.

قُلتُ: سمعه أَصْبَغ من ابن القاسم، وذكره الشعبي رواية لابن أبي زَمَنَيْن.

ابن رُشْد: في حده بالأشهر أو الشهر قولا مالك وأَصْبَغ.

ابن أبي زَمَنَيْن: لا يجبر مخدمة لأجلٍ معتقة إليه ربها، ولا معتقة لأجل وارث خدمتها، ولو بعد، ويجبر المدبرة.

ابن رُشْد: اتفاقًا؛ إذ له وطؤها وانتزاع مالها.

قُلتُ: انظر هل مقتضى تعليله تقييده بعدم مرضه لامتناع انتزاعه مالها؟ حينئذ إن جعل العلة مجموع الوصفين، وإن جعل كلا منهما علة فواضح.

قال: والقياس عدمه في المكاتبة، وعن مالك: يجبرها.

اللخمي: في جبر ذي عقد حرية ثالثها: الذكور، ورابعها: من له انتزاع ماله.

والصواب الأول في ذكور من ينتزع ماله، وقبلها غير واحد.

وخامسها: نقل ابن رُشْد رواية من حل له وطؤها.

وتعقب بعض شُيُوخ ابن بشير:رابع.

اللخمي: بأنه أخذه من تعليل عدم جبر المكاتبة بعجزه عن انتزاع مالها.

ولا يصح لتعليله في بعض الروايات بعلة، ولا ينفي حكمها بنفيها، ويعلله بأخرى كتعليله منع الإمام قراءة السجدة بالتخليط، ثم منعها للفذ.

قال ابن عبد السلام: ألغى ابن الحاجب هذا التعقب مع تقدمه في علم الأصول لجري أكثر الفروع على العكس لولا اعتبار مفهوم العلة في قول المجتهد.

قُلتُ: هذا مجرد تكرير دعوى منعت بسند مع عدم إبطاله، ثم رد على اللخمي أخذه عدم الجبر في كل من لا ينتزع ماله بأن عدم جبر المكاتبة لمنع انتزاع مالها وحوزها نفسها وخدمتها، وغيرها للسيد تسلط على خدمته أو وطئه.

قُلتُ: هذا منهما بناءً على أنه إنما أخذه من المكاتبة، وليس كذلك لجواز أخذه إياه منها مع سماع ابن القاسم جبر المعتقة إلى أجل قبل قربه، ورواية أشهب نفيه يرد قول

شيخ ابن بشير بأنه لو لم يقل بعكس علة العجز عن الانتزاع لما جبر المعتقة لأجل قبل قربه لوجود علة أخرى، وهي منعه وطئها، ويرد قول الآخر بأنه لو كان عدم جبر المكاتبة لحوزها ما ذكر لما ثبت في المعتقة لأجل قبل قربه لوجود علة أخرى في رواية أشهب.

فالأب يجبر البكر ولو عنست إن لم يطل مكثها بعد البناء ولم ترشد، ومال اللخمي في البالغ للأخذ بحديث مسلم: «**البكر يستأذنها أبوها**»[1]، ونحوه لابن الهندي، وأفتى به السيوري فيما ذكر بعض من جمع فتاوى جماعة من الأفريقيين.

واستئذان الأب البالغ حسن، نقله الشيخ عن رواية محمد بن المواز، والباجي عن رواية محمد بن يحيى وابن حبيب، وقال: ويختبر رضاها من أمها وغيرها، وتعقب ابن بشير قول اللخمي في استحبابه قولان بأن ظاهر المذهب استحبابه اتفاقًا يرد بنقل الباجي.

روى عيسى عن ابن القاسم: إنكاره.

وسمع أشهب: أخاف أن يتراقى حتى يجري في الناس.

الشيخ عن ابن القاسم: المجنونة كبكر، والثيوبة الرافعة الجبر ما كانت بملك أو نكاح ولو فسد، وفي ثيوبة الزنا ثالثها: إن تكرر للجلاب مع المتيطي عن ابن عبد الحَكم واللخمي عن القاضي معها والصقلي عنه، واختار اللخمي الأول، وكون إذنها كبكر.

ابن رُشْد: غصبها كزناها.

قُلتُ: هذا أقرب للجبر، وفي جبر العانس نقل الباجي روايتي محمد وابن وَهْب: راويًا سنها ثلاثون.

ابن القاسم: أربعون.

ابن بشير: اختلفت الروايات فيه من ثلاثين لنيف وأربعين.

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1421) في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، والموطأ: 2 / 524 في النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، والترمذي رقم (1108) في النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، وأبو داود: رقم (2098) في النكاح، باب في الثيب، والنسائي: 6 / 84 في النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، وباب استئمار الأب البكر في نفسها.

المتيطي: وقيل: من خمسين إلى ستين.

ابن فتوح: خمسة وثلاثون، وفي شرط تعنيسها الرافع جبرها بمعرفتها مصالح نفسها طريقا أبي عمر مع الجلاب والمتيطي مع الباجي.

قُلتُ: لعله على الخلاف في شرط علية المظنة بتحقيق الحكم ولغوه.

وفي جبر من طلقت بكرًا بعد طول مقامها بعد البناء نقل ابن شاس وابن سعدون عن ابن عبد الحَكم والأكثر عن المذهب، وعليه في حده بسنة أو العرف.

نقل الشيخ روايتي محمد، ونقل عياض عن القاضي الثانية زوال الحياء والانقباض خلاف نقلها الصقلي عنه كالشيخ.

وسمع ابن القاسم: إن أقامت ستة أشهر وأمرها، فإن لم يفعل؛ مضى.

ابن رُشْد: هذا إن أقرت ببقاء بكارتها قبل إنكاحها أو قربه، وأما بعد طول لغيبتها أو تأخر علمها؛ فلا تصدق لتهمتها على إمضاء نكاحها.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم: يجبرها إن أقامت شهرين، وقبل طول مقامها بعد البناء.

وسمع ابن فتحون والمتيطي: المشهور يجبرها.

وحكى الشيخ أبو بكر: لا يجبرها.

ابن سعدون: لو كذبها الأب في بقاء بكارتها، وهو موسر قبل قولها؛ لأنه لا يعلم إلا من جهتها.

المتيطي عن بعض الموثقين: إنكار الزوج لغو.

وفي جبر مطلقة قبل البلوغ ثيبًا، ثالثها: قبله لسَحنون، وأبي تمام، واللخمي مع أشهب.

وفي جبر الأب مرشدته نقلا أبي عمر عن أصحاب مالك.

المتيطي: الثاني المشهور، وبه العمل، ولا يجبر ابنته الثيب الرشيدة اتفاقًا، والمعروف ولا السفيهة للمتيطي.

قال بعض القرويين: يجبرها لرواية محمد: لا يجوز تزويج من يلي نفسه إلا برضاه، ونقله عن أشهب لا إذن لسفيهة في نفسها ولا مالها كالبكر وألف في صحته.

المتيطي: نقل بعض الأندلسيين عن ابن القاسم: للمعتق أن يزوج معتقته دون رضاها ليس عليه العمل.

قُلتُ: رأيت قديمًا في بعض الأجزاء الفقهية عن سَحنون أن ابن القاسم كان جالسًا مع بعض أصحابه، فقال لهم: اشهدوا أني زوجت معتقتي فلانة مني، فقال بعض جلسائه: حتى تستأذن، فقال له: اسكت يا جاهل لا يعرف هذا مثلك.

اللخمي: تخير الثيب إن ظهر فسادها، وعجز وليها عن صونها أو لم يكن.

والأحسن رفع غير الأب، فإن زوجها دونه؛ مضى.

ووكيل الأب على الجبر مثله ووصيه به في زوج معين أو بقوله: زوجها منه، ثالثها: إن كان إنكاحها عن قرب.

للشيخ عن رواية محمد مع رواية ابن حبيب والمشهور، وابن رُشْد عن رواية علي: إن أمره بإنكاحها إذا بلغت من فلان؛ لم يلزمها قائلاً في بعض روايات العتبيَّة لأَصْبَغ وصيَّة الأب جائزة عليها إلا أن يكون من أمر بتزويجها منه فاسقًا شريبًا؛ فلا تزوج منه إن كرهته، واللخمي عن رواية ابن أشرس.

أَصْبَغ: لو قال زوجها من فلان: بعد عشرين سنة؛ لزمها، والولي إن فرض فلان مهر المثل، ولم يكن فاسقًا، ولا حجة لها في كونه ذا زوجة، وكان يوم الإيصاء عزبًا، ومن أوصى له به دون تعيين أو قال: زوجها ممن أحببت؛ المشهور: يجبر.

سَحنون وأَصْبَغ والقاضي وابن القُصَّار: لا يجبر.

المتيطي: ونحوه للمدنيين.

ابن بشير قيل: لا ولاية لوصي.

ابن عات: حكى ابن مغيث[1]: ليس لوصي في إنكاح ذات ولي شيء قاله منذر بن

---

(1) هو: أحمد بن محمد بن مغيث الصدفي، الطليطلي، أبو جعفر، الفقه الحافظ الأديب، كان يحفظ صحيح البخاري ويعرف رجاله، وكان ثقة كثير الصدقة، وذكر له صاحب شجرة النور كتابًا ألــفه اسمه: «المقنع في الوقائق»، وكتابه هذا «منتخب الأحكام» مخطوط بمعهد البحوث بجامعة أم القرى تحت رقم: (156) مصور عن مكتبة سستريني، برقم: (3124)، توفي سنة: 459هـ. وانظر ترجمته في: الصلة: 1/64، وشجرة النور: 118، والديباج: 103.

سعيد محتجًا بقوله تعالى حكاية عن زكريا: ﴿فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا ۝٥ يَرِثُنِي﴾ [مريم: 5، 6]، والوصي ليس بوارث فدل أنه غير ولي.

قُلتُ: يرد بأن (يرثني) مخصص (الولي) لا تفسير له، أو بأنه إن ادعى كون الصغرى كل ولي وارث، ولا شيء من وصي بوارث منعنا كلية الصغرى، وإن ادعى جزئية سلمناها، وأنتج بعض الولي ليس بوصي، وليس مدعاه ولا مستلزمًا له بحال.

ابن بشير: ولو قال: على إنكاح بناتي، ففي جبرهن قولان.

محمد وابن حبيب: إن قال: وصيي فقط؛ فلا جبر.

وفي كونه وليًا لكل من للموصى عليه ولاية ولغوه مطلقًا أو في الثيب، رابعها: الولي أولى منه لابن رُشْد عن الواضحة مع ابن القاسم، ونقله في الأجوبة والبيان عن سَحنون وأَصْبَغ.

قال: ولا ولاية لوصي على معين على غيره من قرابة الموصي اتفاقًا، وقول ابن الهندي: من زوج منهن مضى بعيد.

محمد وابن حبيب: الوصي على بضع بناته ولي لكلهن، ولو كن مالكات أمر أنفسهن، ولا جبر له، وفي كونه في الثيب كاف ولغوه ثالثها: الولي أحق منه لابن فتوح عن رواية محمد مع ابن القاسم وابن عبد الحَكم مع ابن الماجِشُون، وسَحنون عن غير ابن القاسم.

ابن العطار: كان ابن السليم يأمر الولي يلي العقد بأمر الوصي.

عياض: في كون الولي في الثيب المرشدة أحق من الوصي، ولا يرد إنكاحه إن نزل أو العكس قولا أَصْبَغ مع ثاني نكاحها وابن حبيب.

وفيها: لا أمر لولي مع وصي في البكر، وإن زوج ولي الثيب؛ جاز على الوصي كجوازه للأخ على الأب، وإن زوجها الوصي؛ جاز على الولي، فحملها فضل على المرشدة.

ابن عات: روى محمد بن مالك: للوصي نقض ما عقده الولي، فيدل على أنه له إجازته بخلاف ذات الأب يزوجها من لا يقوم بأمره من الأولياء.

قال بعض شُيُوخنا: لأن الأب يجبر، والولي لا يجبر، فعلى هذا إن كان يملك

الإجبار؛ لم يكن له إجازة ما عقده الولي.

ابن رُشْد: لو رشد محجورته؛ فلا نص، والظاهر بقاء ولايته.

المتيطي: قولان لأشهب مع أَصْبَغ قائلاً: هذه من غور المسائل والعلم وسَحنون مع ابن الماجِشُون.

ابن رُشْد: معنى الرواية بإنكاحه بنات محجوره في غير المالكات أمر أنفسهن، وهو بناءً على أنه وصي عليهن، وهو دليل سماع ابن القاسم، وعلى قول ابن القاسم بعض الشُيُوخ لا يكون وصيًا عليهن لا يزوجهن.

وسمع ابن القاسم: حسن لمن أوصى له بالنظر في إرث ابنته تزويجها، ولو رفعه للإمام ينظر فيه.

ابن رُشْد: يريد: الأحسن رفعه لقولها: من أوصى إليه بتقاضي ديون وبيع تركة إن زوج بناته رجوته واسعًا، وأحب رفعه للإمام ينظر فيه، والأحسن قول ابن حبيب: وصي المال غير وصي على تزويج.

وفيها: وصي الوصي ولو بعد مثله، وفي كون مقدم القاضي أحق من الولي نقلا المتيطي عن موسى الوتد مع بعض أصحابه وابن حبيب والشعبي عن ابن لبابة قائلاً: هو كوصي الأب إلا أنه لا يوصي لغيره لبقاء القضاء، وفقد الأب عن ابن الحارث مع ابن لبابة وابن السليم وأبي إبراهيم وابن العطار: وقوم.

وعن ابن حبيب مع موسى: الوتد مع كثير من أصحابه محتجًا مع ابن حبيب بأن الوصي كمن قدمه، والولي أحق من القاضي.

زاد الشعبي عن ابن لبابة: إلا أنه لا يوصي لغيره بخلاف وصي الأب لبقاء انقضائه وفقد الأب.

اللخمي: السلطان أحق من مقدمه إلا أن يجعل له الإنكاح فيعقد دونه.

الصقلي في بعض رواياتها: لو قال: إن مت من مرضي، فقد زوجت ابنتي من فلان ابن أخي؛ جاز، فأطلقه أَصْبَغ قائلاً: فيه مغمز، لكن أجمعوا على جوازه.

ابن حارث عن يحيى بن عمر وابن القاسم: ولو طال، وقيده سَحنون بقبوله بالقرب.

عياض: وقاله ابن القاسم في المبسوط، ورواه ابن مغيث عنه فيها.

ابن حارث: ورواه علي، وفي جوازه في صحته نقل الصقلي عن أشهب وأَصْبَغ مع ابن القاسم، ولم يحك عياض غيره، وحكاهما ابن رُشْد.

قال: وصوب محمد الثاني بأنه في الصحة كنكاح لأجل كمن قال: إن مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان.

ابن رُشْد: الأول أحسن؛ لأنه إن حمله على الوصية؛ فلا فرق بين الصحة والمرض، ووجه الثاني أنه حمله في الصحة على البت، وفي المرض على الوصية، وحمله محمد على البت فيهما، فمنعه في الصحة لطول الأمر كمن قال: إن مضت سنة، فقد زوجت ابنتي من فلان، وأجازه في المرض كمن قال: إن مضى شهر؛ فقد زوجت ابنتي من فلان النكاح جائز إن رضي فلان، لازم بمضي الشهر، وقولها فيمن قال: إذا مضى الشهر؛ فأنا أتزوجك؛ ورضيت هي، والولي النكاح، النكاح باطل؛ لأن قوله: أتزوجك؛ ليس التزامًا، فصار نكاح خيار، وقال بعض من تكلم على المدَوَّنة: لأنه التزام.

وسمع ابن القاسم: من حضرت وفاته، فقال: إن أقام ابن أخي مع ولدي في تركتي حتى يبلغوا، فقد وصلته بابنتي، فلم يفعل ذلك ابن أخيه؛ فلا نكاح له.

ابن القاسم: لو قام بما أوصى به عمه رأيت أن يتزوج، ويكون على ابن الأخ الصداق قد سمعت مالكًا يقول غير مرة فيمن يوصي أن تزوج ابنته ولا يزوجها هو: أن تنفذ وصيته.

ابن رُشْد: لما أجاز أن يوصي بتزويجها من ابن أخيه دون شرط؛ جاز بشرط؛ لأن معنى قوله: وصلته بها وصيته بتزويجها منه، والمعروف لا يزوج البكر غيرهما إلا بعد بلوغها بإذنها، ولو كانت سفيهة وهو صماتها، وفي استحباب إعلامها أنه إذنها، ووجوبه نقل الباجي عن الأصحاب مع رواية ابن الماجِشُون وابن رُشْد عنها، وعن ظاهر سماع ابن القاسم، ونقل عياض مع ابن زرقون عن حمديس عن ابن القاسم، وابن رُشْد عن رواية ابن مسلمة: وعليهما يكفي مرة.

ابن شعبان: يقال لها: إن رضيت؛ فاصمتي، وإن كرهت؛ فانطقي ثلاث مرات.

الشيخ: استحب ابن الماجِشُون أن يطيلوا المكث عندها قليلاً.

وروى محمد: إنما إنكارها بالقول لا الصمت.

الجلاب: إن نفرت، أو ظهر منها دليل كراهتها لم تنكح، ولو بكت؛ ففي كونه إنكارًا قولا الجلاب مع المتيطي عن ابن مسلمة وابن مغيث قائلاً: نزلت، فاختلف فيها وحكم بإمضائه.

قُلتُ: الصواب الكشف عن حال بكائها هل هو إنكار أو لا؟.

ابن مغيث: وضحكها رضى.

وفيها إن قال لها وليها: إني مزوجك من فلان، فسكتت؛ فذلك منها رضى.

قال غيره: إذا كانت تعلم أن السكوت رضى، وفي كونه خلافًا أو وفاقًا ثالثها: الوقف لابن زرقون عن ابن حارث مع سَحنون وحمديس وأبي عمران للمتيطي عنه الأولان أيضًا.

قال: وقال: إن كانت ذا بلهٍ وقلة معرفة أمكن أن تعلم.

قُلتُ: الأظهر على هذا التقدير الوجوب.

وفيها: لا ينفع البكر إنكارها بعد صمتها، وسقوطها من التهذيب نقص.

والبلوغ بالحيض والاحتلام والسن.

فيها: ثماني عشرة سنة.

المازري: وهو المشهور.

الصقلي: قيل: سبع عشرة.

ابن وَهْب: خمس عشرة.

ابن رُشْد: قيل: من هذا إلى الأول، وفي قذفها: لا حد على صبي أنبت.

وقال: لم أحتلم ولا بلغ سنًا لا يبلغه إلا محتلم.

وفي سرقتها: قيل: إن أنبت الشعر قال: قال مالك: يحد، وأحب إلي أن لا، وقد أصغى مالك للاحتلام؛ جبر كلمته في الإنبات، فالتنافي ظاهر يحد، وأصغى، اختصرها أبو سعيد بلفظها.

ابن رُشْد: في اعتبار الإنبات ولغوه قولان الأصح لغوه، ولا خلاف عندي في لغوه فيما بينه وبين الله تعالى.

قُلتُ: قاله الصقلي عن يحيى بن عمر وعلى إلغائه لو زوجت به في إمضائه قولا محمد وأَصْبَغ.

ابن عات: إن قالت يتيمة: زوجت قبل البلوغ، وقال الزوج: بعده؛ فالبينة عليها.

قال سَحنون: ينظرها النساء، فإن أنبتت؛ زوجت، قاله مالك، ومن أثق به، وقاله ابن لبابة في مقنع ابن بطال.

وتوكل المرأة الوصي رجلاً حرًّا بعقد نكاح محجورتها: وفيها: لها أن تستخلف أجنبيًا وإن حضر أولياؤها.

ابن بطال: وكذا المعتقة فقبله، المتيطي وابن فتوح وابن عات وغيرهم.

ورده ابن عبد السلام بأن إنكاح مواليها لعصبتها دون من وكلته؛ لأن الولاية لهم دونها ودون ولدها إن ماتت.

قال: وهو بين من الموطأ، وكلام المتقدمين، وعرضته على من يوثق به من أشياخي فقبله.

قُلتُ: يرد بأنها عاصبة من أعتقته؛ لأنها محيطة بإرث كل ماله، وولاء من أعتق، وكل محيط بذلك عاصب، فصارت بالتعصيب كوصيَّة أو أشد؛ لأن صيرورة ذلك لها بالسنة لا باقتراب حسبما قاله مالك فيها في عتق الجنين، وما ذكره عن الموطأ لم أجده، إنما فيه تقديمهم على عصبة ابنها بعد موتها في إرث ولاء من أعتقت، ولا يلزم من تقديمهم في إرث الولاء على عصبة ابنها تقديمهم على مباشر العتق؛ لأن المرأة في إرثه ساقطة، وفي مباشرة العتق ثابتة حتى في ولاء معتق معتقها، وقوله: لا ولاية لابنها مردود بنص الموطإ، وكل المذهب على تقديمه عليهم في إرث معتقها دونهم.

قال أشهب: يرث الولاء دونهم زحفًا.

الباجي: لأنه ليس من قومها؛ ولكن قدم لقوة تعصيبه، وما نقل عن المتقدمين لا أعرفه؛ بل قولها: إن أمرت رجلاً يزوج وليتها؛ جاز.

عياض: معناه عند أكثر أئمتنا من مولاتها أو من تحت إيصائها.

ابن لبابة: مذهبهم جواز توكيلنا في إنكاح أمتها، ومولاتها إلا نقل سَحنون عن الغير أن المرأة ليست بولي، فانظر هذا مع جواب شيخه المعروض عليه ما ذكر، والله

أعلم بالصواب.

وفي جبر الولي غير الموصى البكر اليتيمة قبل بلوغها ثالثها: إن أطاقت المسيس، ورابعها: إن كانت مميزة، وخيف عليها الحاجة للمازري عن قولة شاذة والمعروف، وابن حارث عن رواية ابن نافع قائلاً: اتفقوا على منعه قبل إطاقتها المسيس، وابن بشير قائلاً: اتفاق المتأخرين عليه إن خيف فسادها، وجوز ابن زرقون تقييد نقل المازري باتفاق، وفي قول ابن رُشْد: اتفقوا على عدم جبرها إن بلغت سنًا تعرف فيه ما تميل إليه نفسها مما فيه صلاحها مع اتفاق ابن حارث نظر.

وسمع ابن القاسم في امرأة من الأعراب زوجت ابنتها صغيرة محتاجة تسل وتطوف، قوله: بنت كم هي؟.

قيل: عشر سنين.

قال: إن كانت راضية؛ فهو جائز، وبنت عائشة بنت تسع سنين، ولو كانت صغيرة ما جاز.

سَحنون: يريد: وكلت من أنكحها، وهي مسألة ضعيفة.

ابن رُشْد: ضعفها؛ لأنه لا أمر للأم إلا أن تكون وصيًا، وأجازه مالك على أصله في جواز نكاح الأجنبي الدنية، وكون هذه محتاجة ورضيت.

قُلتُ: ففي كون نكاح اليتيمة المحتاجة قبل بلوغها برضاها بنت عشر جائزًا أو ضعيفًا القولان.

ابن رُشْد: إن زوجت دون حاجة إلى ذلك، فقال ابن حبيب: وروي عن مالك وأصحابه: يفسخ ولو طال، وولدت الأولاد.

أَصْبَغ: إلا أن يطول وتلد الأولاد، والسنتان والولد الواحد لغو.

وسمع عيسى وزونان ابن القاسم، وروى محمد عنه: إلا أن يطول، وقيل: لها الخيار إن بلغت؛ فلا يفسخ إن علم به بعد بلوغها، ورضيت أو دخلت بالغة أن الخيار لها، ويفسخ إن علم به قبل بلوغها أو بعده وأنكرت، وإن كان بعد الدخول ما لم يطل بعده وهو الآتي على سماع أشهب.

وسمع ابن القاسم نص إمضائه بالعقد كظاهر سماع أشهب، ولأَصْبَغ أيضًا في

سماعه: إن شارفت الحيض وأنبتت؛ لم يفسخ، وسمع إنما فرض المسألة في غير بالغ، فلعل الإنبات عنده علامة بلوغ، لا سيما وفي نص سماعه: وجرت عليها المواسي.

قُلتُ: الأمر بكتب تفويض المرأة العقد عليها في غير ذات الجبر، ثالثها: في الثيب لا البكر للشعبي عن بعضهم قائلاً: صمتها دال على ذلك، وابن حبيب محتجًا بأن ولايته العقد عليها بالشرع لا بجعلها، وابن زَرْب[1] محتجًا بأنه لا يلزم من رضاها بالزوج رضاها بالعقد للولي عليها؛ لجواز تقدم حلفها لا تزوجته بعقده وغير ذلك.

الشعبي عن ابن لبابة: يزوج من لا ولي لها السلطان إن كان يقيم السنة، ويهتبل بما يجوز به العقد وإلا فلا، ويعقد عليها صاحب السوق إن كان يسأل، ويكشف عن مثل هذا.

وسمع ابن القاسم نكاح من زوجت غلبة غير جائز فسخه بغير طلاق، ولا تنكح إلا بعد ثلاث حيض.

[باب في النكاح الموقوف]

والنكاح الموقوف فيه طرق[2]:

الباجي: هو أن يعقد الولي نكاحها، ويوقفه على إجازتها، ويذكر أنه لم يعلمها ذلك في إجازته إن أجيز بالقرب روايتان.

---

(1) هو: محمد بن يبقى بن زَرْب القاضي أبو بكر، قرطبي، سمع من: قاسم بن أَصْبَغ ومحمد بن عبد الله بن دليم وطبقتها، وعني بالرأي وتقدم فيه، وتفقه عن اللؤلؤي وأبي إبراهيم، وألف كتاب الخصال في الفقه، مشهور على مذهب مالك، عارض به كتاب الخصال لابن كابس الحنفي، فجاء غاية في الإتقان، وله رد على ابن مسرة، توفي في رمضان سنة: 381هـ.
وانظر ترجمته في: الديباج المذهب: 364.

(2) قال الرَّصاع: ذكر الشيخ: رسمه فذكر عن بعضهم أن يعقد الولي نكاحها، ويوقفه على إجازتها، ويذكر أنه لم يعلمها بذلك، وهذا ذكره عن الباجي باب في تفسير النكاح الموقوف الذي فهم.
الشيخ: من كلام الباجي، وفهمنا عنه أولاً من كلامه وآخرًا أن النكاح الموقوف رسمه أن يعقد الولي نكاحها، ويوقفه على إجازتها، ويذكر أنه لم يعلمها ذلك، أو يكمل الولي العقد على نفسه، والمرأة على أنها بالخيار فهي مصدوقة بأحد أمرين:
=

الأول: أن يعقد الولي النكاح، ويوقفه على إجازة المرأة، ويذكر أنه لم يعلمها ذلك، وهذا موقوف أحد الطرفين، وفهمت من ذلك أن الولي أنفذ الإيجاب على نفسه، وأوقف إنفاذ القبول من الزوج على إجازتها؛ ولذا قال: بعد، وكذا لو أنفذ الزوج قبوله، وبقي الإيجاب موقوفًا؛ ومعناه: أن الزوج أوجب على نفسه القبول، وأوقف إيجابه على الولي بإجازة الزوجة، فالنكاح الموقوف أحد طرفيه له صورتان، كما قررنا كل منهما لم تقرر فيه صورة الإيجاب، والقبول في المجموع، وصرح به الشيخ بعد.

والأمر الثاني من النكاح الموقوف: أن يكمل الولي العقد على نفسه، والمرأة على أنها بالخيار، قال: فهذا موقوف طرفاه على الخيار، ومعناه: أن العقد وقع من جانب الزوج والولي، وحصلت صورة الإيجاب والقبول، وتقرر ذلك فيه بقيد الخيار؛ ولذا قال: موقوف طرفاه على الخيار؛ معناه: إيجاب القبول من الزوج، وإيجاب الولي الإعطاء موقوف على خيار الزوجة هذا معنى ما فهم.

الشيخ: ولذا قال: بعد.

(قُلتُ): الفرق بين الضربين أن الأول لم يتقرر فيه مجموع حقيقة الإيجاب والقبول، والثاني تقرر فيه مقيدًا بخيار، والأول يمتنع كون تمامه إن تم يوم نزوله؛ بل يوم تم، والثاني يمكن ذلك فيه، وهو جلي مما قررناه، فهذا الذي كنا نفهم عليه هذا الكلام، ويفهم أن النكاح الموقوف على غير قول الباجي إيقاع العقد على أمر يؤول وقفه عليه دون تصريح به، وهذا مغاير لما قررنا عن الباجي، وزاد الشيخ: بعد هذا أنه وجد في تفسير الضرب الثاني من الموقوف في كلام ابن زرقون، ونقله عن الباجي ما يخالف كلام الباجي، فإن نصه: أو يكون موقوفًا طرفاه على رضا المرأة ورضا الزوج، ويكمل الولي العقد على نفسه، وهذا إذا تأملته تجده مغايرًا لما فهمناه وقررناه، وفهمه الشيخ عن الباجي طرفاه فتأمله، وحصل من هذا أن النكاح الموقوف طرفاه أثقل من الموقوف أحد طرفيه؛ ولذا لم يذكر الباجي خلافًا في صحة الموقوف أحد طرفيه بالقرب، وإنما ذكر الخلاف في كراهته، وما بعد منه ذكر فيه خلافًا في إمضائه، والموقوف طرفاه في إجازته مطلقًا قولان، والمنع هو الصحيح، واختاره ابن القُصَّار.

قال ابن القُصَّار: القرب والبعد فيه القياس أنه سواء، والتفريق استحسان، وقيد الباجي كلامه فيما نقله الشيخ عنه، وهو ظاهر بمعنى ما ذكرنا، ومعلوم ما في المسألة من الطرق في حكم النكاح الموقوف.

(فإن قلت): فإذا حققت ما ذكره، وأن الموقوف طرفاه وقعت فيه صورة النكاح على خيار الزوجة، فيقال: إن صح ذلك، فيكون ذلك من الخيار الشرطي في النكاح، وقد قالوا في مثله إن شرط الولي أو الزوج مشورة من قرب، فهو نكاح فيه خيار، فإن أجازه بالقرب؛ جاز كذا وقع لابن القاسم.

قال ابن رُشْد: معناه: ولم يفترقا من المجلس، وهو أوسع من الصرف، ولا يجوز بعد الافتراق، ولو قرب، واختار اللخمي جوازه فيما قرب، فالقسم الثاني من كلام الباجي كيف سلم له.

الشيخ: أنه من النكاح الموقوف، وهو نظير النكاح الذي فيه الخيار الشرطي، وقد علمت الفرق في النقل في اختلاف الحكم.

(قُلتُ): لعله رأى أن النكاح الموقوف طرفاه على خيار يعني ممن هو ركن في النكاح كالزوجة، كما صرح به الباجي، ونكاح الخيار وقع الإيجاب والقبول والرضى من الزوجة، ووقف ذلك على مشورة أجنبي

ابن القُصَّار قائلاً: الذي ذكره أصحابنا جواز ما وقف على إجازة الولي أو أحد الزوجين.

الباجي: هذا موقوف أحد طرفيه على الآخر، وهو أحد ضربي النكاح الموقوف، وكذا لو أنفذ الزوج قبوله، وبقي الإيجاب موقوفًا، والثاني: أن يكمل الولي العقد على نفسه، والمرأة على أنها بالخيار؛ فهذا موقوف طرفاه على الخيار.

خارج عن ركن النكاح، كما وقع في الرواية، وفيه ما لا يخفى فتأمله؛ لأن النكاح الموقوف على ما يعلم عند الفقهاء الخيار فيه حكمي لا شرطي، وما ذكره الباجي يقتضي أنه شرطي في العقد الثاني، وأما الأول؛ فلا عقدة فيه بوجه؛ لأن التصريح بالخيار للزوجة يدل على أنه خيار شرطي في الثاني، ولمراعاة هذا المعنى رد الشيخ على ابن الحاجب استدلاله على من قال في النكاح الموقوف: إذا لم يقع فيه رضا أنه يقع التحريم به.

قال الشيخ في الرد على قائله: وأنه لا يقع التحريم به، وهو مذهبه؛ فإنه لو قال: زوجت ابنتي إن رضي فلان، فقال فلان: لا أرضى؛ لم يحرم ذلك.

قال الشيخ: بعد هذا إيقاع العقد دون تصريح بوقفه على أمر يؤول وقفه عليه أقرب للتمام والصحة مصرحًا بوقفه عليه.

ولذا خالف الخيار الحكمي الشرطي، ولهذا المعنى الذي أشرنا إليه في كونه صرح الموقوف فيه عقد خيار حكمي فتأمله، (فإن قلت): قد نقل ابن رُشْد: الاتفاق على وكيل عقد النكاح، وصرح بأنه لم يأذن له الموكل بأن النكاح فاسد، وهذا مع ما قررته يخالف ما أصلته.

(قُلتُ): قد نقل الشيخ هذا الكلام بعد عن ابن رُشْد؛ حيث قسم العاقد على ثلاثة أقسام، وذكر أن هذا مخالف لطريق الباجي.

(فإن قلت): قد رأيت ما في النكاح الموقوف من الخلاف على التقديرين في فهمه، وقد ذكرنا أن السيد إذا تزوج عبده بغير إذنه؛ فللسيد الخيار في إجازته، ولو طال أمره.

(قُلتُ): صورة العبد ترد على تفسير النكاح الموقوف، وهو المأخوذ من غير كلام الباجي؛ لأنه يصدق فيها إيقاع العقد على أمر إلخ، فيحتاج إلى الجواب عن معارضتها بما ذكر، وعلى ما قررنا من كلام الباجي لا تدخل هذه في صورة النكاح الموقوف، فتأمله، وذكر ابن رُشْد الفرق بين ذلك، وذكر أن نكاح المرأة بغير إذنها على الرد؛ إذ لم ينبرم بين الزوجين نكاح، وتزويج العبد على الإجازة، فتأمل ذلك مع ما قدمنا عن الشيخ في الفرق الذي ذكرنا عنه، وتأمل كلام الشيخ في الذي أشار إليه في نكاح الخيار، وما اعترض به على التونسي وابن رُشْد في تلقيهما كلام أشهب بالقبول في قوله: قد زوجتك وزوجتك، وفرق بينهما في جواب الشرط، ولنا فيه كلام انظره.

وقد كان بعض المغاربة بعث فيه سؤالاً بنى عليه مسائل أجبناه عنها، والله الموفق للصواب.

قال ابن القُصَّار: القياس القرب فيه كالبعد والتفريق بينهما استحسان لأن يسير العمل في الصلاة عفو.

الباجي: قوله: التفريق بين القرب والبعد استحسان صحيح في الموقوف طرفاه، وهو في الصلاة قياس صحيح حق، واجب لعسر الاحتراز من يسير العمل في الصلاة، أما النكاح الموقوف طرفاه، وقد وجد جميعه؛ فالقرب فيه كالبعد؛ لأنه إن وقع صحيحًا؛ وجب جوازه، ولو طالت مدته، وإن وقع فاسدًا؛ فسخ، ولو بالقرب؛ فإنه أجاز البيع الموقوف، ولو طالت مدته، وإنما يفترق ذلك في الموقوف أحد طرفيه على الآخر؛ لأن سنة النكاح اتصال طرفيه، ولابد فيه من يسير مهلة، فيجب أن يكون في أجزاء الموقوف طرفاه مطلقًا ومنعه قولان، والمنع الصحيح، واختاره ابن القُصَّار.

والموقوف أحد طرفيه على الآخر في كراهة ما قرب منه قولان، ولأبي زيد عن ابن القاسم في جارية زوجها وليها إن رضيت؛ يفسخ ولو قربت، قيل: فإن دخلت قال: ما أدري، وكأنه ضعف فسخه؛ فلا خلاف على هذا في صحته؛ إنما الخلاف في كراهته، وفي جواز ما بعد منه، وإبطاله قولان.

روى ابن حبيب: لا يقام عليه، ولو بعد البناء، وقاله أَصْبَغ مرة، وقال أخرى: يؤمران بفسخه قبل البناء دون جبر.

قال: وقد قال مالك: إن أجازته جاز، وقال مرة: لا أحب المقام عليه، ولو أجازته.

قُلتُ: الفرق بين الضربين أن الأول لم يتقرر فيه مجموع حقيقة الإيجاب والقبول، والثاني تقرر فيه مقيد الخيار، والأول يمتنع كون تمامه إن تم يوم نزل؛ بل يوم تم، والثاني يمكن فيه ذلك، وذكر ابن زرقون عنه بدل ما نقلناه عنه ثانيًا معطوفًا على ما نقلناه عنه أولاً ما نصه: أو يكون موقوفًا طرفاه على رضى المرأة، ورضى الرجل، ويكمل الولي العقد على نفسه.

ابن رُشْد: في إمضاء الموقوف على رضى أحد الزوجين القريب المجهول وقفه للآخر ثالث الروايات: يستحب فسخه لا بحكم، ولأَصْبَغ: يؤمران قبل البناء بالفسخ دون حكم به.

قُلتُ: قيد الصقلي قول أَصْبَغ بالبعيد، وكذا مر للباجي.

ابن رُشْد: المشهور الأولى، ومعنى الثانية ما لم يبن، ولو أعلم الولي الزوج أنه لم يستأمرها وجب عدم جوازه؛ لأنه نكاح خيار لتزويجه إياها على إن رضيت.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: يفسخ، وتفريق بعضهم بأن الحاضرين لهما مندوحة عن الخيار بعيد؛ يلزمه جواز إنكاح بعيدة الغيبة للعجز عن إنجاز النكاح.

أَصْبَغ وسَحنون: القرب يومان.

عيسى: ومن اليسير من مسجد أو سوق إليها.

ابن رُشْد: البعيد ظاهر الروايات يفسخ اتفاقًا، وهو رأي شُيُوخنا وقول التونسي: كالقريب أقيس؛ لأن خيارها إن جعل كشرطيٍّ وجب فسخه في القرب، وإن جعل كحكمي؛ جاز في البعد كنكاح عبد بغير إذن ربه، ويأتي لابن رُشْد بينهما تفريق، وأيضًا هو قسم ثالث؛ لأنه حكمي للمرأة شرطي للولي العاقد.

ابن رُشْد: وعلى التسوية في جوازه وفساده ثالثها في القرب، وفي فسخ القريب والبعيد على عدم جوازه مطلقًا، أو ما لم يبن، أو ما لم يطل بعد بنائه ثلاثة لأَصْبَغ ومحمد مع سماع عيسى ابن القاسم مرة وسماعه أخرى.

الصقلي عن ابن القاسم: أحب إمضاءه في الابن الكبير البائن إن وطئ حين علم.

ابن زرقون: في إجازة النكاح الموقوف ثالثها: في القرب لروايات ابن القُصَّار والجلاب وابن القاسم، وقال أشهب بالأولى.

قُلتُ: هذا خلاف قول ابن رُشْد: ظاهر الروايات يفسخ البعيد اتفاقًا.

ابن رُشْد: فسخه قبل الرضا بلا طلاق ولا إرث فيه، وقول عيسى عن ابن القاسم: فسخه إن قال الولي: أذنت وكذبته بطلاق بعيد.

وفي الحرمة به إن فسخ قبل الرضا، أو قدمت فأنكرت ثالثها: الكراهة لأَصْبَغ وابن الماجِشُون مع الشيخ ولها، واحتج الشيخ بأنه لو قال: زوجت ابنتي فلانًا إن رضي فقال: لا أرضى؛ لم يحرم، وهو صحيح.

قُلتُ: إيقاع العقد دون تصريح بوقفه على أمر يؤول وقفه عليه أقرب للتمام، والصحة منه مصرحًا بوقفه عليه؛ ولذا خالف الخيار الحكمي الشرطي.

قال: وفي فسخه بطلاق، وثبوت الإرث فيه بعد رضاها قولان نص عليهما قائمان من قولها في وجوب الطلاق والإرث فيما فسخ من مختلف فيه، وتقع الحرمة به، وإن فسخ قبل البناء اتفاقًا.

وسمع ابن القاسم: من زوج أخته حاضرة بلده، فأنكرت وقالت: لم أرض، ولم أوكله، ثم أقرت بعد ذلك، وأحبت إجازته قال: لا أراه إلا بنكاح جديد.

ابن رُشْد: مثله فيها سواء أرادت بإنكارها رد النكاح أو الإباية من إجازته خلاف تفرقتها بين ذلك في رب عبد تزوج بغير إذنه؛ لأن إنكاح المرأة بغير إذنها على الرد؛ إذ لم ينبرم بين الزوجين بدليل أن الأمر إذا طال لم يكن لها أن تجيزه، وتزويج العبد على الإجازة حتى يرد لانبرامه بين الزوجين، وإنما الخيار لغيرهما بدليل أن طول الأمر لا يمنع إجازته، وجعل ابن وَهْب المرأة كالسيد في ذلك وهو الأظهر أن لها الإجازة بالقرب والبعد ما لم تصرح بالرد كالسيد في القرب والبعد.

قُلتُ: هو في النوادر: رواية لابن وَهْب: العُتْبِيّ عن القرينين في سماع ابن القاسم: قال مالك: من زوج أخته، فمات زوجها فقال: ورثته أقيموا البينة أنها كانت رضيت؛ يكفي قولها: كنت رضيت.

ابن رُشْد: إن حققوا الدعوى أنها ما كانت رضيت حلفت، فإن نكلت حلف الورثة، وسقط إرثها، وإن لم يحققوا؛ ففي وجوب حلفها خلاف.

وفيها: إذن المزوجة بغير إذنها في إمضائه بالقرب نطقٌ.

الباجي: ومثلها البكر المعنسة واليتيمة يساق لها ما نسبت معرفته لها، والمزوجة من ذي رق.

ابن عات: أو ذي عاهة، وفي المرشدة ثالثها: إن كان مهرها عرضًا للمتيطي عن المشهور مع ابن العطار والباجي، وكثير من الشُيُوخ وابن لبابة.

وفيها: إن أقرت بالإذن، وأنكرت إنكاحه إياها؛ صدق إن ادعاه زوج.

اللخمي: عزلها إياه إثر قوله: زوجتك؛ لغو.

ويختلف إن عزلته فقال: كنت زوجتك، والأحسن تصديقه.

قُلتُ: مفهوم قولها في النكاح وغيره عدم تصديقه.

وفي أقضيتها: إن قال المعزول: ما في ديواني شهدت به البينة عندي؛ لم يقبل قوله، ولو ثبت عزل الوكيل؛ قبل عقده جاهلًا عزله، ففي لزوم عقده ولغوه نقل المتيطي عن أبي الفرج مع ابن القُصَّار وغيرهما، وابن القاسم مع إسماعيل القاضي، وابن المنتاب وغيرهم وبه القضاء.

وسمع يحيى ابن القاسم: من أشهد لرجل بإنكاحه وليته، فأنكرت علمها بذلك ورضاها به إن كان الإشهاد بحيث يعلم أنها لم تعلمه؛ فلا يمين عليها مثل كونه في المسجد، وإن كان بحيث يرى أنها عالمة؛ حلفت ما وكلته ولا رضيت، ولا ظنت أن اللعب الذي كان بدارها، ولا الطعام الذي صنع لها إلا لغيرها، فإن نكلت؛ لزمها النكاح.

ابن رُشْد: في لزوم حلفها رجاء أن تقر بالنكاح، ولا يلزمها إن نكلت ثالثها تفصيل هذا السماع.

وقوله: إن نكلت لزمها؛ يريد: بعد حلف الزوج إن حقق الدعوى، وإلا فعليه يمين التهمة.

والعاقد عن غيره وليًا أو وكيلًا إن زعم في العقد أنه بإذن الغائب؛ لم يفسخ قبل قدومه.

ابن رُشْد: اتفاقًا، فإن صدقه؛ صح ولو بعد، وإن كذبه ورده؛ سقط.

وفي يمينه قولان، فإن رضيه؛ فعلى ما مر، ولو قال: بغير إذنه فسد، ولو قرب اتفاقًا.

قُلتُ: هذا الاتفاق خلاف ما مر للباجي في تفسير الموقوف، ولو سكت، فسمع ابن القاسم في وكيل الزوج كالأول أَصْبَغ: وكذا أحسبه قال فيمن زوج ابنة الرجل البكر.

محمد: هو فيها وفي أمة الرجل أثقل.

وقال أشهب: لا يجوز النكاح بحال ولو صدقه الأب.

ابن رُشْد: هو ظاهر قولها: إن زوج أخ أخته البكر؛ لم يجز، ولو أجازه الأب إلا القائم بأمر أبيه المدبر لشأنه.

وقال التونسي: لا فرق بين ذلك، فإما أن يحمل الأمر على التوكيل في الجميع؛ فيجوز، أو على الافتيات؛ فلا يجوز.

أبو عمر: من عقد نكاحًا بوكالة ثم طلقت؛ لم يزوجها مرة أخرى إلا بتوكيل جديد.

قُلتُ: ويتخرج على نقل المتيطي أخرى، وروايتي ابن عتاب أن لوكيل الأب جبر البكر بمطلق توكيله على إنكاحها أن له إنكاحها ثانية بمطلق توكيله.

وسمع ابن القاسم: لا يشهد على المرأة في نكاحها إلا من يعرفها أو بعد رؤيتها.

ابن رُشْد: إن فقد من يعرفها، فإن شهد، وثم من يعرفها أولاً؛ فلا يشهد على شهادته غيره؛ لاحتمال كون المشهدة غيرها، فيؤدي ذلك إلى الشهادة عليها، وهي لم تشهد أحدًا، وذلك باحتمال موت الشهيدين الأصليين المستندين للرؤية، وشهادة من أشهداه على شهادتهما عليها.

قال أَصْبَغ ومالك: والبيع والوكالة والهبة ونحوها لا يشهد فيها إلا على من يعرف بخلاف النكاح.

ابن رُشْد: خوف الشهادة على خطه إن مات، وعلى عملنا اليوم لا يشهد على خطه إلا في الحبس، ونحوه تكون الحقوق كالنكاح.

قُلتُ: لابن حارث في باب الشهادة على الخط: جرت عادة الناس، واستحكمت في زمننا في كل بلد دخلته على المسامحة في إيقاع شهادتهم على من لا يعرفون.

ورأيت بعض العلماء: يسامح في إيقاع شهادته على من لا يعرف بعين ولا اسم؛ لئلا ينبه العامة على وهن الشهادة على من لا يعرف بعينه ولا اسمه، ومن فوضت في إنكاحها لوليها من غير معين؛ ففي وقفه على رضاها ثالثها: إن زوجها منه، للخمي عن أحد قوليها مع سماع القرينين، واللخمي عن نقل ابن القُصَّار مع نقل ابن حارث، واللخمي مع ابن رُشْد عن ثاني قوليها، والعُتْبِيّ عن سَحنون قائلاً: إن زوجها كفؤها بكرًا كانت أو ثيبًا، وإشارة اللخمي إلى تخريجه على قول سَحنون في وكيل البيع يرد بأن النكاح أشد؛ لأنه في النفس.

وقول ابن رُشْد: إن زوجها من نفسه؛ لم يلزمها اتفاقًا خلاف ما تقدم للخمي وابن

حارث، وعلى الأول في صحته برضاها مطلقًا أو بالقرب.

نقل ابن رُشْد عن المذهب وابن حبيب رادًا قول ابن حبيب كمن زوج وليته قبل أن يستأمرها بوضوح الفرق بينهما.

قُلتُ: ومع هذا فبقول ابن حبيب شرح ابن عبد السلام قول ابن الحاجب.

وسمع القرينان لمن جعل إنكاح وليته لمن طلب ذلك منه بجعل أو دونه عزله ولا يحل فيه جعل، ويرد ولو أنكحها، ويلزمها إنكاحه إن كانت بكرًا ذات أب أو ثيبًا، وقد سمي لها الزوج قبل العقد، وإلا لم يلزمها إلا بالبناء بها؛ لأنه رضى منها به لقول مالك: فيمن فوضت أمرها لوليها، ولا يلزمها إنكاحه إياها من لم يسمه لها.

ابن رُشْد: حرمة الجعل؛ لأنه لما كان له عزله عن إنكاحها لم يدر هل يتم له غرضه بتركه عزله أو لا يعزله؟ فكان غررًا مع سلف جر منفعة، وهي رجاؤه حصول غرضه، وهو تزويجه إياها ممن أحب، ولو لم يكن له عزله لا جعل الجعل؛ جاز على قول سَحنون في البكر والثيب، ولو لم يسم لها الزوج، وعلى قول مالك في البكر والثيب: إن كان سمى لها الزوج لحصول غرضه وهو الإنكاح.

قُلتُ: في هذا التخريج نظر؛ لأنه على فرض لم يعلم من قاله معينًا ولا مبهمًا.

قال: وسمع عيسى إجازة ابن القاسم: أن يعطي الرجل آخر جعلاً على أن يوليه بعض سلعته؛ لأنه لم يجعل له رجوعًا في ذلك؛ لأن الحق فيه له لا لغيره والنكاح الحق فيه للزوجة.

وفرق بعضهم بأنه في النكاح جعل على ما لا منفعة فيه لدافع الجعل، وله في البيع منفعة؛ إذ قد يشترط على المشتري أكثر من الجعل؛ فينتفع بالزيادة.

ولو شرط في النكاح شيئًا لنفسه؛ كان للزوجة، وكان يغرب بهذا القول واهتدائه إليه، وهو وهم؛ لأن المشترط في البيع للبائع؛ لأنه كالنكاح.

قال: وتشبيه ابن القاسم مسألة من وكل على إنكاح وليته المالكة أمر نفسها يزوجها من لم يسمه لها بمسألة من فوضت أمرها لوليها غير صحيح؛ لأنهما مفترقتان، أما من زوج وليته قبل أن يستأمرها، أو وكل من زوجها، كذلك فلا خلاف أنه لا يلزمها.

ومن وكلته وليته أن يزوجها، فزوجها ولم يسم لها الزوج؛ ففي لزوم النكاح لها خلاف تقدم.

قُلتُ: تشبيه ابن القاسم؛ إنما هو في عدم لزوم العقد لها، والفرق المذكور ينتج كون التشبيه المذكور قياس أحرى.

والرواية: كراهة إنكاح الوصي من في ولايته من نفسه أو ولده إلا بإذن السلطان.

ابن سَحنون: هو مقدم القاضي أشد كراهة.

اللخمي: إن نزل نظر، فإن عدل في المهر والكفاءة مضى، وإن قسط في المهر، فإن رجع للعدل؛ أمضى، وإلا فسخ قبل البناء وبعده، يجبر على الرجوع للعدل، وإن لم يكن كفاءة؛ رد إلا إن نزل بالمولى عليه عيب، أو فقر يوجب حسن إمضائه.

وفيها: من زوج ابنه ساكتًا، فلما فرغ قال: ما وكلته ولا أرضى؛ حلف على ذلك وبرئ.

اللخمي: إن أنكر حين فهمه العقد عليه؛ لم يحلف وبعده حين فراغه هو مسألتها، وعلى قولها لو نكل؛ فالأحسن قول الشيخ: لا غرم عليه، لا قول غيره يغرم نصف الصداق، وبعد تمام العقد وتهنئته به لا يقبل قوله، ويغرم نصف الصداق، ولو رضي بعد ذلك بالنكاح، فإن قرب رضاه، ولم يكن منه إلا الإنكار؛ فله ذلك، واستحسن حلفه أنه إن لم يرد بإنكاره فسخًا، فإن نكل؛ لم أفرق بينهما، وإن رضي بعد طول أو كان قال: رددت العقد لم يكن له ذلك إلا بعقد جديد.

الباجي والشيخ عن ابن القاسم: إن أبى ولي إنكاح وليته، وأبدى وجها قبل، وإلا أمره السلطان بإنكاحها، فإن أبى زوجها عليه.

المتيطي وابن فتوح: على هذا عمل الناس في غير الأب في ابنته البكر لا رواية ابن سَحنون عنه مشاورة السلطان الولي في الإنكاح، وعلى المعروف وقفوه في البكر على ثبوت بكارتها وبلوغها، وكفاءة الزوج ورضاها به، وبمهره منه مهر مثلها، وخلوها من زوج وعدة، وأن لا ولي غيره، وفي الثيب على ثبوت ثيوبتها، وملكها أمر نفسها، وما بعد الكفاءة سوى أنه مهر مثلها.

وفي الكفاءة قولان للباجي مع بعض الموثقين وابن فتوح مع بعضهم.

وفي لزوم ثبوت حريتها نقل المتيطي عن فضل مع أَصْبَغ، وتخريج الباجي على أصل أشهب وابن القاسم.

قُلتُ: التخريج على أصل أشهب من القذف يرد بأن الحد يدرأ بالشبهة.

ابن سَحنون: ليس قول أَصْبَغ ببين؛ لأن الأصل في الناس الحرية.

[باب العاضل في النكاح]

وفي كون الولي ليس عاضلاً برده خاطبين حتى يرد الأكفاء مرة بعد مرة مطلقًا أو برده أول كفء ثالثها: إن كان أبًا مطلقًا، أو وصيًا في البكر، ورابعها: إن كان أبًا في البكر حتى يتبين ضرره، لنقل ابن فتوح والمتيطي عن أبي الفرج، ونقل ابن فتوح والصقلي عنها.

وفيها: قلت: إن أبى أب إنكاح أول خاطب رضيته كفؤًا؛ قال: لم أسمعه، ولا يكره إلا إن عرف ضرره، قال له السلطان: زوجها وإلا زوجتها عليك.

قُلتُ: أخذه برد خاطب أو خاطبين.

قال: لم أسمعه إلا أن يعرف ضرره.

ابن حبيب: لا يمنع أب منع إنكاح ابنته منع مالك إنكاح بناته، ورغب فيهن خيار الرجال، وفعله أهل العلم قبله وبعده.

ابن فتوح: ليس عليه العمل.

اللخمي: إن كان عالمًا صالحًا ترك قد يكون لعيب أو نقص لا يغتفره الأزواج، وإلا سئل الجيران، فإن لم يعلم عذره؛ منع.

وقول ابن عبد السلام: حمل الأكثر قول ابن حبيب على الخلاف ليس كذلك؛ لأنه في المدَوَّنة شرط تبين ضرره.

وقول ابن حبيب فيمن لم يعلم قدر ضرره يرد بأن لفظها إن عرف عضله، وضرره ولم يكن نظرًا زوجها السلطان إن طلبته؛ فظاهره إن عدم كونه نظرًا تفسير لقوله: ضررًا يوجب تزويجها عليه، وظاهر قول ابن حبيب عدم منعه، وإن لم يظهر كون منعه نظرا وهما بناءً على حمل فعله فيما لم يظهر سداده على عدمه أو عليه.

وإن اختلف أولياء؛ فعدد واحد بعد عقد أحدهم مضى إلا لحق في كفاءة، وقاله الشيخ عن ابن حبيب دون استثناء، وعزاه لمالك وأصحابه وقبله فيمن يعقد ستة.

اللخمي عنها: ينظر السلطان في ذلك.

عبد الحق عن بعض القرويين: تعين المرأة أحدهم، ورد الباجي بأن نصها ينظر السلطان، ووهمه ابن زرقون بأن عبد الحق إنما ذكره إثر قول سَحنون: معناه في الوصيين، فبين عبد الحق حكم الوليين.

اللخمي عن ابن حبيب: أفضلهم، فإن استووا فأسنهم، فإن استووا وليه كلهم إن تشاحوا، وزاد المتيطي والباجي عنه: وليس للمرأة أن تفوض لأحدهم دون سائرهم.

الباجي: لأنه حق للولي، وقول مالك فيها على أنه حق لها.

الكافي: أفضلهم، فإن استووا عقد السلطان، أو من يعينه منهم قال: وقيل: يعين ولا يعقد.

اللخمي: لو قيل: يعقدون أجمعين دون تعيين الأفضل؛ حسن؛ إذ لا وهم فيه.

وفيها: إن اختلفوا وهم في قعدد واحد في نكاح المرأة نظر السلطان، قيل: لابن القاسم هذا: إن فوضت إليهم فقالت: زوجوني أو خطبت فرضيت، قال: نعم.

قال أبو عمران: يعني الأولياء.

المتيطي عن ابن سعدون: يحتمل أن اختلافهم فيمن يعقد أو في الزوج.

قُلتُ: إن كان في الزوج تعين من عينه إن كان كفؤا.

قلت لمالك: كلا معتقي الأمة وليها.

قُلتُ: فإن زوجها أحدهما دون إذن الآخر قال: نكاحه جائز، وإن لم يرض، ثم قال: لا رد لأحد أخوين إنكاح الآخر أختها، فحمل عياض مسألة المعتقين على جوازه ابتداءً.

قال: وتعقبها بعضهم بأنها لأحدهما نصف الولاء والأخوة أقوى لا شيء؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب لا يتنصف، ومسألة الأخوين تضعف قوله؛ لأن إنكاح أحدهما جائز على الآخر اتفاقًا، وإن أشار بالتنصيف للإرث؛ لزمه في الأخوين، وله أن يقول للمنفرد منهما: كل الإرث بخلاف المنفرد من المعتقين.

قُلتُ: فآل الأمر للزوم التعقب.

ومن زوجت رجلين بوكيليها؛ ففي كونها للأول مطلقًا أو للثاني إن اختص ببنائها قولا المغيرة مع ابن عبد الحَكم، والمتيطي عن ابن مسلمة والمشهور معها، وقيدوه بعدم علمه بالأول قبل بنائه لقضاء عمر به ثم معاوية.

اللخمي وابن رُشْد وغيرهما: بناءً على أن العزل بنزوله أو بلاغه.

قُلتُ: فيناقض قول نكاحها قول صلاتها إذا قدم والٍ بعد خطبة الأول أعادها.

ابن رُشْد: في لغو إقرار مزوجه أنه عقد له عالمًا بعقد الأول وإعماله نظر، ولو ثبت علمه به ببينة قبل عقده؛ فسخ بغير طلاق، وعزاه اللخمي لمحمد.

المازري: وترد للأول بعد الاستبراء، ولو أقر الثاني بعلمه بالأول قبل بنائه؛ فسخ عقده، وفي كونه بالطلاق نقل الشيخ عن محمد وابن الماجِشُون.

المتيطي عن ابن حبيب: تلذذ الثاني بها كبنائه، ولو جهل كون المختص بالبناء ثانيًا، ففي كونه كذلك، أو أحق اتفاقًا طريقا اللخمي وابن رُشْد، ولو جهل الأول ولا اختصاص ببناء؛ فسخا، وفي كونه بطلاق ثالثها: لمن تزوجها بعد زوج منهما لابن القاسم وابن حارث عن سَحنون مع المتيطي عن محمد والأكثر عنه، وفي تصديق المرأة أو الوليين في تعيين الأول قولان لأشهب، وأنكر أَصْبَغ الأول، ولها.

المتيطي عن ابن عبد الرحمن وابن سعدون: قولها بناءً على لزوم إنكاح الأول دون تسمية الأول لها، وعلى عدم لزومه؛ يخير في أحدهما.

ابن سعدون: على أن من خير بين أمرين لا يعد منتقلًا، ولو بان كون عقد الثاني بعد طلاق الأول قبل بنائه، ففي صحة الثاني مطلقًا، أو إن كان العاقد له أبًا أو ابنًا نقل ابن رُشْد عن المذهب، وعن ابن الماجِشُون موجهًا الثاني بأن ولاية الأب دائمة، وولاية غيره تنقضي وكالته بتزويج الأب قبله، ولو بان أنه في عدة وفاة الأول؛ فسخ في حياته، وبناؤه في عدة وفاته غير عالم بالأول في صحته؛ فلا ترث الأول وفسخه فترثه؛ لأنه نكاح في عدة قول محمد، وتخريج ابن رُشْد على امرأة المفقود يبين ذلك فيها.

قُلتُ: نقل الصائغ عن التونسي مناقضة قول محمد هذا بقوله في المفقود، واختار أنه ناكح في عدته.

قُلتُ: قد يفرق بأن الحكم بالعدة للمفقود آكد؛ لتقدم تقرر نكاحه، واختصاصه بالزوجة دون معارض له.

قال اللخمي عن محمد: ولو بنى عالمًا بالأول؛ فسخ نكاحه، واعتدت من الأول وورثته، وكذا إن طلق؛ فسخ وردت للأول.

قُلتُ: ولو ماتت ولا حق بها، ففي إرثهما إياها نصفين قولا ابن محرز وأكثر المتأخرين بناءً على أن الشك في تعيين مستحق الإرث أو في موجبه، ورجحه التونسي بأنها لو بقيت حية؛ فسخ نكاحها.

ابن محرز والتونسي عن بعض المذاكرين: من لم يزد صداقه على إرثه؛ فلا شيء عليه، وإلا غرم الزائد لإقراره بموجبه.

التونسي: هذا إن ادعى كل منهما أنه الأول، وإن شكا؛ فلا غرم، ولو ماتا أو أحدهما؛ فلا إرث لها.

ابن محرز: ولها أخذ صداق من وافقته على أنه أول؛ لأنه إقرار بمال، ولو أقام بينة أنه الأول؛ سقطتا، وفي الترجيح بالعدالة نقل ابن حارث عن سَحنون مع ابن الماجِشُون، وأشهب مع ابن القاسم.

اللخمي: لو عقد الوكيلان في مجلس واحد؛ فسخا، ولو بنى أحدهما لعلم كل منهما بعقد الآخر، وقول ابن شاس والكافي: إن عقدا معًا ترافعا؛ ظاهره ولو جهل كل منهما عقد الآخر، ولم يفرق الأكثر بين توكيلها ولييها في كلمة أو متعاقبين.

وقال الباجي: إن تعاقبا؛ ثبت الأول وفسخ الثاني، ولو بنى وحده، ورواية محمد معها: لو وكلت ولييها؛ فالأول أحق إلا أن يبني الثاني؛ فهو أحق، وناقض الصائغ قولها بذي ثلاث نسوة، وكل رجلين على إنكاحه، فزوجه كل منهما امرأة، ودخل بالثانية غير عالم أنها ثانية؛ يفسخ نكاحها لا الأولى، ورد جواب بعض البغداديين بأن أصل وكالة المرأة على إنكاحها ضروري؛ لامتناع إنكاحها نفسها بخلاف الرجل؛ بأنه يلزمه لو وكل رجلين على بيع سلعة فباعاها؛ فالثاني أحق بها إن قبضها وبيعه كنكاحه.

قُلتُ: يجاب بأن الحكم بالأحقية في النكاح لأجل البناء؛ إنما هو لمالك العصمة، ولما لم يكن سبب النزاع من قبله في وكالة المرأة؛ حكم له بها، ولما كان من قبله في وكالة

الزوج؛ لم يحكم له بها.

وقرب غيبة الولي كحضوره، وبعيدها.

قال الشيخ: روى ابن وَهْب: إن بعدت غيبة الولي؛ زوجها السلطان.

وسمع أشهب: إن كان على مسافة ثلاث ليال لا يقدم؛ زوجها السلطان وهو أحد أوليائها فقبله.

الشيخ: بظاهره.

ابن رُشْد: هذا على أن تقديم الولي، وذي الرأي على السلطان اختيار لا وجوب، وعليه لا يزوجها في مسافة أربع، ونحوها حتى يعذر إليه كحاضر.

وروى ابن حبيب: إن بعدت غيبة الولي غير أب؛ زوجها الإمام، ولا يزوج الثيب ذات الأب حتى تطول غيبته جدًا، وفي كون السلطان بغيبة الأقرب أحق من الأبعد أو العكس قولها ونقل اللخمي، وقول ابن الحاجب: إن بعدت غيبة الأقرب؛ زوج الحاكم وقيل: أو الأبعد يقتضي أنهما سواء ولا أعرفه، وفي سقوط حق أبي البكر ببعد غيبته.

قال ابن رُشْد: ثالثها: إلا أن يستوطن، ورابعها: وطال كعشرين سنة لسماع ابن القاسم مع ظاهرها وابن وَهْب مع رواية محمد وتأويلها بعضهم وابن حبيب.

الصقلي عن ابن وَهْب: إن قطع نفقتها؛ زوجت.

المتيطي عن ابن سعدون: اتفاقًا.

ابن رُشْد: إن قطع نفقته؛ صح وخيف ضياعها؛ زوجت اتفاقًا، ولو قبل بلوغها.

المتيطي عن عبد الملك: لا تزوج في حياته، ولو ضاعت واحتاجت وخيف عليها، رواه محمد بن يحيى السبائي في المدَوَّنة، وقاله سَحنون في روايته فيها.

وعن ابن فتوح: قول سَحنون للمدنيَّة لا للمدَوَّنة، ولم يعز رواية السبائي لها.

اللخمي: تزوج؛ لعدم النفقة، ولو قبل البلوغ، ولخوف فسادها، ولو لم تطلبه، وفي كون العقد عليها للسلطان أو للولي قولها، ونقل ابن رُشْد عن ابن وَهْب مع رواية محمد والمتيطي عن رواية أشهب قال: وبالأول العمل، وإذا قدم السلطان لإنكاح من له إنكاحه، وقلنا: يكتب تفويض المرأة، ففي كتبه السلطان، أو لمن قدمه نقل ابن فتوح والمتيطي عن ابن أبي زَمَنَيْن قولي بعض الموثقين وبعضهم، وفي كون البعد كإفريقيَّة من

مصر أو بحيث لا ينفذ كتب القاضي محلها إليه نقل ابن رُشْد عن المذهب، والمتيطي عن عبد الحق عن الأبياني: ولو فقد فانقطع خبر موته ... فالمشهور يزوجها الولي بإذنها، ووقفه ابن الماجِشُون على مضي أربع سنين.

المتيطي عن أَصْبَغ: لا تزوج بحال، وبالأول العمل.

قُلتُ: فيلزم في حياته أحرى.

ابن رُشْد: إن أسر أو فقد، وطلبت التزويج؛ زوجها الإمام ولو كانت في نفقته، وأمنت ضيعتها اتفاقًا.

وإنكاح ولي أبعد مع وجود مجبر يرد، ولو ولدت الأولاد، وأجازه.

وروى القاضي: إن أجازه السيد في أمته؛ جاز، فخرجه اللخمي في الأب في ابنته البكر، وإن زوج أمة أحد سيديها؛ رد، ولو أجازه الآخر.

قُلتُ: إن كان قبل البناء، ودفع الزوج المهر، وغره العاقد؛ ضمن وإلا فكنصفه بالطلاق، وبعد البناء إن أجازه الغائب، ففي غرم الزوج المسمى أو الأقل منه، ومن المثل نقل اللخمي مع أول نقل ابن محرز، وثانيه عن محمد مع الصائغ عنه، وفي رجوع الغائب على الزوج إن عقد غير عالم به، أو على الشريك قول محمد مع تخريج عبد الحميد على قول ابن سَحنون في اتباع من أجاز بيع غاصب ما غصبه مبتاعه بالثمن، وتخريجه على قول ابن القاسم يتبع به الغاصب.

التونسي: إن تزوج عالمًا بالغائب؛ خير الغائب في اتباعه، واتباع شريكه؛ كمبتاع من غاصب علم غصبه، ولو رده؛ ففي غرم الزوج المسمى أو المثل ثالثها: نصف المسمى للعاقد، ونصف الأكثر للآخر لأشهب، وفضل وابن القاسم.

اللخمي: وعلى الثاني: إن تزوج عالمًا بالغائب، والمسمى عشرون، والمثل ثلاثون فغرمه؛ فلا مقال له؛ لأن خمسة من العشرة الزائدة للغائب، وخمسة منها كملت لحقه؛ لأنه لا يقسم إلا بالتراضي، فإن عتقت؛ لم يتبع به الزوج أحدًا، وإن بيعت بغير مالها؛ رجع على العاقد بخمسة، وبمالها رجع عليه بالأقل منها، أو من نصف ما زاد المال في ثمنها، ولو فاتت؛ رجع بخمسة، فإن لم يوجد لها إلا عشرون؛ كان له ثلاثة، وثلث ثلث العشرة التي تنوب الحاضر؛ لأن الخمسة الحاضرة مفضوضة عليهما.

قُلتُ: الصواب؛ لأن الخمسة الذاهبة من العشرة الذاهبة مفضوضة على العشرة الحاضرة الواجبة للعاقد، والخمسة التي كان يستحقها تمام خمسة عشر التي بها يرجع الزوج عليه.

وفي تنزيل كلامه عليه بعد لا يخفى.

وصوب اللخمي قول ابن القاسم: يقسم الصداق بدعوى أحدهما؛ لأن الصحيح أنه غير مال لها، وحق الزوج في التجهيز؛ بطل بالفسخ، فوجب كونه لسيدها؛ لأنه ثمن منافعها أو رقبتها، ولأنه كجناية لما زوجت دون إذن الغائب.

قُلتُ: قوله: أو رقبتها بعبد، وإن تزوج جاهلًا به؛ ففي رجوعه على العاقد بكل ما غرم أو إلا ثمن دينار قول بعض القرويين، والشيخ مع القابسي، وفي أخذ الغائب ما يرجع به على الزوج، وبقائه بيد الأمة قول التونسي محتجًا بأنه أرش؛ لأنه عوض عداء مع تخريج عبد الحميد على أنه غلة، وتخريجه على أنه ملك للزوجة.

وفيها: إن زوج أخته البكر دون أمر أبيه؛ رد إلا أن يكون فوض أمره له.

ابن القاسم: وكذا الأخ والجد.

ابن حبيب: وسائر الأولياء.

ابن محرز: والأجنبي.

وقوله: ينبغي عدم وقفه على إجازته؛ لأنه بإذن الأب؛ يرد بأن إذنه مطلق يحتمل عدم تأوله ما وقع؛ فإجازته له قرينة في إرادة دخوله في التفويض، وفي شرط إمضاء الأب بقربه نقلاه عن حمديس وأبي عمران.

المتيطي: وشرط فسخه برد الأب حضور الزوج، وعدم دعواه أنه كان بأمره، فإن ادعاه؛ فله تحليفه عليه، فإن نكل؛ ثبت النكاح.

قُلتُ: إن كان نكوله بالقرب؛ فواضح وإلا ففيه نظر، وقول ابن الحاجب: تزويج السلطان مع المجبر كأبعد مع أقرب، لا كمساوٍ، وعلى الأشهر لا أعرفه؛ بل نصوصهم أنه معه كغيره معه، وقول الشيخ: روى ابن حبيب: إن زوج البكر سلطان أو ولي في قرب غيبته؛ رد ولو أجازه الأب، وقاله ابن القاسم، وتقدم نصها في الأخ مع الأب والأخ أحق منه أو مساويه لا أدنى منه اتفاقًا، وفي إنكاح ولي خاص أبعد مع أقرب غير

مجبر تسعة:

عياض: روى البغداديون جوازه ابتداءً، وأخذ من قولها: إن زوج ثيبًا أخوها بإذنها؛ فلا مقال لأبيها.

وفيها: روى علي: إن كانا أخوين؛ جاز، ولا ينبغي إن كانا أخًا وعمًا أو عمًا وابنه.

وفيها: إن نزل مضى، وحملت عليه مسألة الأخ، ومسائل فيها ظاهرها كالأول.

وفيها: روى أكثر الرواة: ينظر السلطان وبعضهم للأقرب رده ما لم يطل، وتلد الأولاد.

ابن حبيب في الواضحة: ما لم يبن.

المتيطي: اختصرها فضل: ما لم يطل بعد البناء، ورواه أبو زيد.

المغيرة: يفسخ بكل حال.

أبو زيد عن ابن الماجِشُون: ما لم يبن، فقال ابن حبيب: ما لم يكن الأقرب حاضرًا عالمًا بعقد غيره؛ فذلك منه رضا وتسليم.

وقول اللخمي: (لا فساد فيه اتفاقًا؛ إنما الخلاف هل فيه حق لآدمي أم لا؟) خلاف ما نقل عن المغيرة.

اللخمي: ويمضي في الدنية بالعقد اتفاقًا.

وفيها: إن أنكح معتقته بإذنها؛ جاز، وإن كره وليها، ولو أنكح بكرًا ذات وصي وليها؛ ففي تحتم فسخه، وإجازته بإجازة الوصي ثالثها: إن كان نظرًا؛ لم يفسخ لعياض عن ظاهرها وابن شعبان وبعض الشُيُوخ.

وإنكاح أجنبي مع وجود مجبر يرد: المتيطي: وعلى رواية القاضي: يمضي بإجازة السيد في الأمة؛ يمضي.

قُلتُ: يرد بأن الولي أقوى من الأجنبي، وفيما عقده أجنبي في ذات قدر لها ولي نسب من كفء ستة:

اللخمي: روى القاضي: يمضي بالعقد.

وقال إسماعيل: يشبه على مذهب مالك فوته بالبناء.

سَحنون: يفسخ أبدًا.

اللخمي: يريد: ولو طال وولدت الأولاد.

المتيطي: روى ابن خويزمنداد: كالقاضي.

وفيها: قيل لمالك: أيثبت نكاحه؟ فوقف فيه.

ابن القاسم: أراه جائزًا إن قرب.

قُلتُ: أرأيت إن كان بنى بها؟.

قال: بناؤه وعدمه سواء إن أجازه الولي؛ جاز كما أخبرتك، وإن فسخه قرب بنائه؛ فسخ ما لم يطل مقامه، وتلد الأولاد، وقاله مالك، ورواية ابن وَهْب: يفسخ بطلقة إن لم يجزه ولي أو سلطان إن لم يكن ولي.

وقال غير ابن القاسم: يفسخ، ولو أجازه ولي.

قُلتُ: ظاهر رواية ابن وَهْب الطول والبناء ومقابلاهما سواء.

الصقلي: تحصيل قول ابن القاسم ما كان يدرس به بعض شُيُوخنا إن طال قبل البناء؛ فسخ، وبعده؛ مضى، وتخيير الولي في القرب.

قُلتُ: عزاه عبد الحق لابن التبان قال: وقال غيره: يخير قبل البناء ولو طال.

قُلتُ: هو ظاهر قول ابن سعدون في قول ابن التبان نظر، وفي كون وقف مالك في ثبوت النكاح أو في إجازته الولي لا في فسخه ثالثها: في كون الحق فيه للولي أو لله، رابعها: في فسخه لا في إجازته إن أجازه الولي، لأول نقل عياض، ونقله عن أبي عمران مع المتيطي عن اللخمي والباجي، واختيار عياض وابن سعدون، وفسخه بحكم الإمام، واختيار الزوج لا بمجرد فسخ الولي بخلاف استقبال الأمة تعتق تحت العبد، الصائغ للخلاف وعدمه، وعلى التخيير فيها إجازة الأبعد مع رد الأقرب لغو، فلو غاب وقربت غيبته كتب له.

اللخمي: ووقف الزوج عنها، وإن بعدت، ففي كون الخيرة للسلطان أو للحاضر ثالثها: إن كان حين العقد حاضرًا لها ولتخريج اللخمي على رواية كونه أحق بالعقد وتأويلها ابن سعدون.

وفيها: قيل: من تزوج بغير أمر ولي بشهود أيضرب أحد منهم؟.

قال: أدخل.

قالوا: لا، وأنكر الشهود أن يكونوا حضورًا.

قال: لا عقوبة عليهم.

ابن القاسم: ورأيت منه أن لو دخل لعوقب الزوجان والمنكح والشهود إن علموا.

قُلتُ: لمنافاة إنكار الشهود حضورهم لفرض كون العقد ببينة، وترك عقوبتهم إن لم يكن بنى مع إيجاب فعلهم على الحكام تلبيسًا اختصرها أبو سعيد بلفظها، ويجاب عن الأول بأن البينة سماع؛ فلا يستلزم حضورًا، أو أنكروا أن يكونوا من حاضري بلدهم بحيث يظن بهم علم كون العاقد غير ولي، وترك العقوبة للخلاف مع عدم الاطلاع على العورات.

اللخمي: لا عقوبة على من جهل ذلك، أو كان مذهبه باجتهاد أو تقليد، وإن كان وليها حين عقد الأجنبي لها غائبًا، وقربت غيبته ففيها: يبعث له ليفرق أو يترك، وإن بعدت؛ ففي نظر السلطان برده أو إمضائه، وتحتم فسخه ووقفه لقدومه، رابعها: لا يتعقب لابن القاسم، وحمل ابن سعدون قول الغير فيها ينبغي أن يفرق بينهما، وتأتنف نكاحه إن أحبت لا ينبغي ثبوت نكاح عقده غير ولي في ذات قدر على الخلاف، والمتيطي عن اللخمي عن روايتي محمد، وفي كون الدنية كذات قدر وجواز إنكاحها بولاية الإسلام وثم سلطان روايتا أشهب وزياد معها.

المتيطي: أنكرها ابن الماجِشُون.

وقال الأبهري: للأولى رجع مالك.

ابن القُصَّار: بالثانية الفتيا والعمل.

وفيها: لمالك: للمعتقة والمسالمة والسوداء والمسكينة أن تستخلف رجلًا يزوجها إن كانت ببلد لا سلطان فيه، ويجوز ذلك عليها إن كانت لا ولي لها.

المتيطي: اختصرها الشيخ والأكثر بزيادة متصلة بقوله: لا سلطان فيه أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله، وليس هو في الأمهات؛ إنما هو في كتاب محمد.

قال ابن عبد السلام: ظاهر قول ابن الحاجب: إن تزوج الأجنبي الدنية، ولها ولي غير مجبر أخف عند مالك منه في ذات القدر، والمسألة في المدَوَّنة مفروضة في غير

ذات ولي.

وفيها: إن أراد أن ظاهر كلام ابن الحاجب خلاف ظاهر المَدَوَّنة فحسن، وإن أراد أنه خلاف المذهب؛ فلا.

قال عياض: لا خلاف أن الولاية الخاصة مقدمة على ولاية الإسلام العامة، وفي صحة العقد بها مع ولاية النسب ثالثها: في الدنية لنقل القاضي مع ظاهر رواية ابن وَهْب ورواية أشهب، والمشهور مع قول ابن القاسم وروايته.

وسمع القرينان: من زوجها غير ولي ووليها قريب يعرف مكانه ودخلت لا كلام في نكاحها.

ابن رُشْد: روى أشهب: لا يزوج الأجنبي وضيعة خلاف رواية ابن القاسم وقوله لها ذلك.

قُلتُ: ظاهره: وإن كان له ولي؛ إذ فرض المسألة أن لها وليًا.

الحاضن: المتيطي: ظاهر قول ابن العطار: أنه ولي مطلقًا، وظاهر قول مختصر الشيخ معها في الدنية فقط، وفي جبره حضينته ذات أب ثالثها: إن غاب لقول ابن رُشْد في قولها: من كفل صبية من الأعراب أصابتهم السنة رباها حتى كبرت؛ تزويجه عليها جائز؛ يريد: بغير رضاها؛ لأنه جعله بحضانتها كوكيل على إنكاحها لا يفتقر لرضاها، وسماع القرينين، ونقل ابن رُشْد عن ابن العطار، وعن أخذه منها.

عياض: نقل من نقله عنه وهم، وفي كونه في اليتيمة مقدمًا على الولي أو مؤخرًا نقل ابن رُشْد عن ابن العطار مع قول ابن حبيب: إن غاب أهلها؛ فهو أولى قولها: يجوز قسم لاقط اللقيط عليه والمشهور.

قُلتُ: أخذه ابن رُشْد من قول ابن حبيب ضعيف لقوله: غاب أهلها، ونقله المتيطي عنه بلفظ: غاب أولياؤها.

عياض: مجهولة الأب لغربتها بالجلاء يتيمة، وفي استمرار ولايته بعد فرقتها بعد البناء ثالثها: إن عادت لكفالته، ورابعها: إن كان خيرًا فاضلاً لابن عتاب مع الباجي وابن العطار ونقل ابن فتحون وقول ابن الطلاع.

ابن عات: عن بعضهم: لكافل الثيب إنكاحها، وإن لم يكفلها في صغرها.

قُلتُ: وعلى قول ابن العطار: لا ينكحها.

المتيطي: وفي توكيل الكافل على عقد نكاحها ومنعه ظاهر قول ابن العطار مع الموثقين وسماع ابن القاسم: للكافل أن يوكل على إنكاح محضونته كالولي، وقول أبي الأَصْبَغ مع غيره أخذًا من قولها: لا تستخلف أم على عقد نكاح ابنتها اليتيمة البالغ إلا أن تكون وصيًا.

قُلتُ: ونحوه تضعيفه سماع ابن القاسم سَحنون سماع ابن القاسم المذكور، وفي كلام تنافٍ أوله نص في أن الخلاف في الكافل الرجل وآخره في المرأة، ولا أعلم خلافًا أن للولي أن يوكل على عقد نكاح وليته من يصلح لذلك كافلًا كان أو غيره، الواقع في سماع ابن القاسم إنما هو في توكيل أمّ على نكاح ابنتها حسبما تقدم، والأخذ من المدَوَّنة لكن في نوازل ابن الحاج في إجازة تقديم الحاضنة من عقد نكاح محضونتها قولا أَصْبَغ مع أشهب وابن الطلاع مع القاضي حمديس.

وسمع القرينان: ليس إعطاء الرجل ابنته هبة لغير ذي محرم بحسن، ولا بأس به لذي محرم، وليس له أخذها دون إساءة وضرر منه بها.

قُلتُ: نقله الشيخ من رواية محمد فقط.

ابن رُشْد: كراهتها لغير ذي محرم صحيحة.

قُلتُ: ظاهره: ولو لم يكن عزبًا، وفي إجارتها: أكره للعزب أن يؤاجر غير ذي محرم منه حرة أو أمة، وللخمي فيها تفصيل منه إن كان ذا أهل وهو مأمون؛ جاز، وإلا لم يجز.

ابن رُشْد: قول بعض أهل النظر: أنه خلاف قولها في رجال من الموالي يكفلون صبيان الأعراب غير صحيح؛ لأنه لم يتكلم إلا على إنكاحها بعد وقوع حضانتها لا على جوازها، ومنعه أخذها دون ضرر؛ لأنه وهبه حضانتها، ولأنه ملكه منفعتها بنفقتها، فأشبه عقد الإجارة، وهذا إذا لم يكن لها مستحق حضانتها، وإن كان لها أمٌّ في عصمته، فروى ابن نافع في المدنيَّة: له ذلك ولو طلقها بعد ذلك إن كان منه صلة، ومعروفًا لا ضررا بالأم.

قال في ثاني نكاحها: كالفقير المحتاج خلاف ظاهر المدنيَّة، وإن كانت مطلقة؛ فلها منعه

لحق حضانتها إلا أن يكون لعجزه عن نفقتها؛ فلا منع لها إلا أن تنفقها.

قُلتُ: قوله: إنما تكلم على إنكاحها بعد وقوع حضانتها لا على جوازه، فلا يرد بقول ابن القاسم في ثاني نكاحها: إن كانت هبة الرجل ابنته؛ ليحضنها أو ليكفلها؛ فلا بأس به، ولا لأمها مقال إن فعله نظرًا؛ كالفقير المحتاج.

وشرط الولي عقله وبلوغه وحريته وذكوريته: فالمعتوه والصبي ساقط، وقول ابن بشير: مال اللخمي لصحة عقد الصبي المميز.

قُلتُ: هو قوله: لو قيل: عقد من ناهز الحلم ماضٍ ما بعد للخلاف في أفعاله حينئذ.

روى ابن شعبان: إن قال: إن تزوجت فلانة؛ فهي طالق، فتزوجها؛ طلقت عليه.

وفي كتاب المدنيين: إن زنا من ناهز الحلم، وأنبت حد.

قُلتُ: في الأخذ من هذا نظرٌ لثبوت القول بأن الإنبات علامة؛ ولذا قال اللخمي أولًا: من أنبت؛ صح عقده، وذو رق والمرأة ساقطان، ويوكلان لعقد من وكلا أو أوصيًا عليه، أو ملكته المرأة في الإناث، ويليانه في الذكور، ونقل اللخمي: لا تليه المرأة في الذكور، وضعف ابن رُشْد، أخذه بعضهم من ظاهر رواية محمد: للمرأة والعبد الوصيين إنكاح البنات يستخلفان عاقدًا ولا يعقدان، وكذا صغار اليتامى الذكور، وسماع ابن القاسم: لا يعقدان نكاح أحد، وإن استخلفا على ذلك، وقولها: لا تعقد المرأة نكاح أحد،خطأٌ صراحٌ؛ لأن اعتبار الولاية إنما هو من جهة المرأة دون الرجل، ومعنى رواية محمد: وكذلك صغار اليتامى؛ أي: إنكاحهم إليهما لا أمهما، ولا يعقدان عليهم، ومعنى لا يعقدان على أحد من الناس أي: من النساء لنص سماع عيسى ابن القاسم: لا بأس أن يوكل الرجل نصرانيًا أو عبدًا أو امرأةً على عقد نكاحه.

قُلتُ: وزيادة ابن شاس: أو صبي لا أعرفه.

اللبيدي: في وصايا المدَوَّنة: لا يعقد على أنثى ولا ذكر.

المتيطي: وقاله القاضي وابن سعدون وعبد الحميد.

وقال الشيخ وعبد الحق: المدَوَّنة كسماع عيسى، وإحرام الولي يمنع عقده.

ويفسخ النكاح بلا ولي مطلقًا: ولو طال، وولدت الأولاد وأجازه الولي.

ابن القاسم: بطلاق.

ابن نافع: دونه.

والكفر يمنع ولاية المسلمة: ابن حارث وغيره: اتفاقًا وشاذ قول ابن الحاجب، والمشهور: أن كفر الجزية من الولي يسلب الولاية على المسلمة لا أعرفه إلا قول ابن بطال إثر ذكر ولاية المسلم على أخته النصرانية غير الحربية.

قال أَصْبَغ: إنما لا يجوز أن يزوج النصراني أخته المسلمة إن كان من أهل الصلح، وكل من يصير ميراثه للمسلمين منهم إذا مات؛ فهو يزوجها، وقبول ابن عبد السلام نقل بعضهم عن ابن حبيب: يجوز للنصراني أن يزوج، أو يستخلف على ابنته المسلمة من يزوجها.

ولو استخلف مسلمًا زوجهاح فسخ ولو بنى، ونقل الشيخ عنه: لا يستخلف عبد على ابنته الحرة المسلمة عاقدًا ويفسخ إن وقع قبل البناء، وفي منعه في العكس ستة.

أبو مصعب والسليمانية: يمنع مطلقًا.

وفيها: في حرة أهل الجزية فقط.

محمد: والشيخ عن أشهب: ويفسخ إن وقع.

اللخمي عن أَصْبَغ وابن وَهْب: في هذه الكافر أولى في الحكم إن نازع، وإلا فالمسلم أحب إلي.

ابن رُشْد: يمنع في الصلحيَّة ومعتقة صلحي لا غيرهما.

ابن القاسم: في الحرة مطلقًا، ولو أعتقها مسلم وسمعه زونان: لا يمنع مطلقًا إلا أنهم في الصلحيَّة أولى من المسلم، وقاله أَصْبَغ، ورد ابن لبابة الثلاثة لمنعه في الحربية مطلقًا.

وعلى المنع للولاية للكافر ثم أساقفته.

ابن القاسم: للمسلم رب النصرانية إنكاحها من نصراني أو غيره بالملك لا الولاية.

الصقلي: لا يجوز من مسلم؛ إذ لا تنكح أمة كافرة.

الشيخ عن كتاب محمد: لو عقد عليها ولي مسلم لكافر لم أعرض له، وقد ظلم المسلم نفسه.

والسفيه مولى عليه في كون ما عقده على ابنته بإذن وليه أولى منه، أو وليه أولى ثالثها: يجوز عقده دون إذن وليه، ورابعها: لا يجوز مطلقًا للباجي عن ابن القاسم قائلاً: السفيه الضعيف كميت.

وابن وَهْب قائلاً: يستحب حضوره.

ابن مغيث عن أشهب والعُتْبِيّ عنه مع ابن زرقون عن أبي مصعب قائلاً: يفسخ ولو بنى.

اللخمي: لعله يريد: لم يكن بإذن وليه، وعلى الثاني إن عقد؛ ففي مضيه إن كان صوابًا، ورده وليه إن شاء قولا الباجي عن محمد وأَصْبَغ مع ابن وَهْب.

اللخمي: في كون السفيه في ابنته عقد نكاحها أو مشورته فقط ثالثها: لا عقد ولا مشورة، وحاصل اضطراب كتاب محمد فيه أنه إن كان ذا عقل ودين إنما سفهه بعدم حفظ ماله؛ فله العقد والجبر، ويستحسن مطالعته وصيه، وإن كان فقيد العقل؛ سقط، وإن كان ناقص التمييز؛ خص بالنظر في تعيين الزوج وصيه، وتزوج ابنته كيتيمة، ويختلف فيمن يلي العقد، فمن منع ولاية السفيه جعله للوصي، ومن أجازه جعله للأب، ولو عقد حيث يمنع منه لنقص تمييزه نظر إن حسن إمضاؤه أمضي وإلا فرق بينهما، وكذا إن كان غير مولى عليه نظر في عقده كذا.

الباجي عن أشهب وابن وَهْب: أخته كابنته.

ابن العطار: لا يزوجها؛ بل وصيها أو السلطان، فإن عقد؛ فسخ.

ابن رُشْد: إن لم يكن المولى عليه ذا رأي امتنع إنكاحه، وإن لم يول عليه، وهو ذو رأي جاز اتفاقًا فيهما، وفي جواز كون الولي فاسقًا وكراهته نقلا اللخمي مع المتيطي عن ابن القُصَّار والقاضي.

الباجي: لا ينافي الفسق الولاية عند مالك، وشاذ قول ابن شاس وابن الحاجب: المشهور الفسق لا يسلب إلا الكمال لا أعرفه، والمشهور صحة عقد الولي لنفسه بإذنها في عينه، ومنعه المغيرة.

اللخمي: ففي عقد أجنبي على من لا ولي لها لنفسه بإذنها فيه أو على دنية كذا القولان، والأحوط أن يوكل غيره، فإن عقد؛ مضى.

البينة على العقد: في كونها مستحبة أو لازمة؛ كالمخالف نقل الأكثر عن كل المذهب، وعياض عن ظاهر رواية أشهب، وهي شرط في البناء.

ابن رُشْد: إن عقدا دونها؛ أشهدا وصح إلا أن يعقداه بقصد السر، فيفسخ بطلقة ولو بنى، لإقرارهما أنه نكاح، ولا يعقدان إلا بعد الاستبراء، ويحدان إن أقرا بالوطء إلا أن يكونا مستفتيين، أو فاشيًا نكاحها جاهلين، وفي حدهما عالمين مع الفشو غير مستفتيين قولا ابن القاسم، وابن حبيب مع أَصْبَغ وابن الماجِشُون قائلين: الشاهد الواحد كفشو، ونقل ابن الحاجب عدم حدهما مطلقًا لا أعرفه؛ إلا ظاهر نقل الشيخ رواية محمد: إن بنى ولم يشهد؛ فسخ بطلقة وخطبها إن شاء بعد ثلاث حيض.

ابن رُشْد: إن كانا مستفتيين وإلا حدا، وشهادة الولي لغو.

وفيها: إن وجدا في بيت؛ شهد أبوها أو أخوها أنه تزوجها؛ لم يجز وعوقبا.

وفيها: تجوز شهادة الأبداد في النكاح، وفسرها في رواية لابن وَهْب بتفرقهم إثر العقد دون إشهاد قائلًا كل منهما: أشهد من لقيت.

ونكاح السر فاسد، وفي كونه ما عقد بغير عدلين، أو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه قولا يحيى بن يحيى والمشهور، وعلى الأول.

قال اللخمي: عقده برجل وامرأة كعقده دونها.

وعلى الثاني قال الباجي عن عيسى عن ابن القاسم وأَصْبَغ: ولو كانوا ملء المسجد الجامع.

اللخمي: ولو يومين فقط.

الشيخ: روى ابن حبيب: ولو ثلاثة أيام ونحوها أو في مكان مخصوص أو عن امرأة له أخرى.

وفي فسخه بعد البناء ومضيه قبله معلنًا به.

ثالثها: يفسخ إن لم يطل.

اللخمي: عن رواية المبسوط، ونقل ابن الجلاب، ورواية ابن حبيب.

ابن رُشْد: إن أمر شاهدا النكاح بكتمه؛ ففي فسخه إلا أن يطول بعد البناء، فيمضي بالمسمى وصحته فيمضي، ويؤمر الشهود بإعلانه قولا المشهور، ويحيى

بن يحيى.

وسمع القرينان: كراهة قول من قام من عقد نكاحه لمن قال له: كأنكم كنتم على إملاك فقال: لا، أكره كتمه وأحب أن يشاد، ولا شيء عليه في قوله هذا.

وفي سماع أَصْبَغ ابن القاسم: قال أَصْبَغ: قال أشهب: استكتامه البينة إثر عقده غير ناوٍ له في عقده لغو، ولو نواه فارقها.

أَصْبَغ: لا شيء عليه إلا أن يكون، واطأت الزوجة أو الولي عليه.

ابن رُشْد: تصويب التونسي تعقب أَصْبَغ غير صحيح؛ لأن أشهب لم يقل بفسخ النكاح بذلك، كما ظنه أَصْبَغ؛ إنما رأى فراقه استحسانًا لإقراره بنية وفعل والطلاق بيده إلا أنه يحكم به عليه؛ لأنه حكم على الزوجة بما لم يثبت ولا أقرت به، ولو كان ذلك من الولي والزوجة، واستكتموا البينة بعده دون الزوج؛ لم يؤثر شيئًا؛ لأن الطلاق بيد الزوج.

الباجي عن ابن حبيب: إن اتفق الزوجان والولي على كتمه ولم يعلموا بذلك البينة؛ فهو نكاح سر، وروى ابن وَهْب: يعاقب عامد فعله منهم.

نكاح المتعة: فيها: المتعة النكاح لأجل ولو بعد.

الباجي عن ابن حبيب: وكذا قول المسافر: أتزوجك ما أقمت.

قُلتُ: ظاهرها مع غيرها: ولو بعد الأجل بحيث لا يدركه أحدهما، ومقتضى إلغاء الطلاق إليه إلغاء مانعيته؛ فلا يكون النكاح به متعة لولا أن المانع الواقع في العقد أشد تأثيرًا منه واقعًا بعده.

اللخمي: سواء شرط الأجل الرجل أو المرأة يفسخ بعد البناء بغير طلاق، وفي كونه بالمسمى أو المثل قولان، ولو قيل بالمثل على أنه مؤجل لأجله كان له وجه، وفي بقاء خلاف ابن عباس خلافٌ مشهور.

أبو عمر: أصحابه من أهل مكة واليمن يرونه حلالاً، وفي كونه بالبينة والولي كالصحيح وسقوطها فيه نص ابن رُشْد، وظاهر نقل أبي عمر قول ابن عباس: يرحم الله عمر ما كانت المتعة إلا رحمة من الله رحم الله بها أمة محمد ﷺ، لولا نهي عمر ما احتاج للزنا إلا شقي، وقيل لابن رُشْد: رجل من أهل العلم تزوج امرأة نكاح متعة

لأجل مسمى دون ولي ونصف درهم يوسفي مهرًا، وشهادة رجلين؛ لم تثبت عدالتهما وأقر بوطئها، فأجاب: نكاح المتعة كالصحيح في شروطه وأحكامه إلا انقضاءه بأجله وعدم الإرث فيه، ويجب حده لإقراره، يرجم إن أحصن وإلا جلد، ثم يضرب بعد الجلد ضربًا وجيعًا، ويسجن طويلًا لاستخفافه بالدين، وتلبيسه على أحكام المسلمين، وما ذكر من معرفته، فطلبه موجب خزيه في الدنيا والآخرة.

وسمع ابن القاسم: لا بأس أن يتزوج المرأة من نيته قضاء إربه ويطلقها، وليس من أخلاق الناس.

ابن رُشْد: هذا إن لم يشترط ذلك لقول ابن كنانة لمن قدم من بلد؛ ليقيم شهرًا أن يتزوج ناويًا طلاقها إذا خرج.

اللخمي: إن شرطه كان متعة، وإن فهمت ذلك دون شرط، ففي كونه متعة وجوازه قول محمد ورواية ابن وَهْب.

ابن بشير: إن صرح بنيته للزوجة دون تأجيل فسخ قبل البناء وبعده قولان.

عبد الحق: قوله: إن مضى شهر، فأنا أتزوجك لزوم النكاح بمضي الأجل لا الوعد بإيقاعه حينئذ؛ فهو متعة.

الخيار في النكاح: قسمان: سمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن شرط الزوج مشورة من قرب بالبلد يرسلان إليه بالفور لعلم رأيه؛ جاز.

ابن رُشْد: معناه: إن لم يفترقا من مجلسهما، فيقوم منه جوازه على خيار المجلس؛ فالنكاح أوسع من الصرف؛ لجواز هذا فيه، وامتناعه في الصرف.

اللخمي: يجوز بعد الافتراق فيما قرب لقول محمد عن ابن القاسم: إن شرط مشورة من قرب بالبلد بإتيانه من فورهما؛ جاز، وحيث يجوز سمع أَصْبَغ ابن القاسم: لا إرث فيه قبل بته، وله ترك المشورة، ومخالفة رأي المستشار.

ابن رُشْد: اتفاقًا إلا نقل التونسي عن ظاهر كتاب محمد: إن سبق رأي المستشار لزم كالبيع وهو بعيد، والإرث فيه بالموت بعد الرضا أو المشورة قبل البناء أو بعده على القول بفسخه بعده جار على الخلاف في الإرث فيما يفسخ من نكاح فاسد.

والخيار بعد المجلس المنصوص منعه.

اللخمي: إن كان يومًا أو يومين أو ثلاثة؛ ففيها منعه، وعلى القول بجوازه في الصرف يجوز في النكاح، وهو فيه أوسع، ثم ضعف تعليلها منعه بأنهما لو ماتا؛ لم يتوارثا بندوره في الثلاث، وبأنه نكاح لم ينعقد بعد، وخرج عليه جوازه، وأحدهما عبد أو أمة.

قُلتُ: أو كتابية، ويرد الأول، والتخريج بأنه استدلال بنفي لازم لزومًا كليًا؛ فلا يضر ندور صورة عدم لزومه لا تعليل حكم بوجود وصف، فيلزم عكسه، وعلى المنصوص يفسخ قبل البناء.

وفيها: رجع عن فسخه بعده، وسمع ابن القاسم: من قال لرجل: إن جئتني بخمسين درهمًا؛ فقد زوجتك لا يعجبني هذا، ولا تزويج له.

ابن رُشْد: ظاهره: ولو جاءه بالقرب، وعليه إن زوج قريب غيبة، ورضي بالقرب؛ لم يجز، ولمحمد عن أشهب فيمن قال لخاطب: إن فارقت امرأتك فقد زوجتك؛ النكاح جائز، وإن قال: إن فارقتك زوجتك؛ لم يلزمه تزويج، وكانت خدعة، وأحب إلي أن يفي.

التونسي: مقتضى أصولهم؛ لزومه كلزوم وعد من قال: اهدم دارك وأنا أعطيك كذا.

ابن رُشْد: سماع ابن القاسم: بناءً على أن مجيئه بالخمسين ليس عقدًا؛ بل موجبًا لإنشاء عقد، فصار نكاحًا فيه خيار، وقول أشهب بناءً على أن فراقه رضى بالعقد لا يفتقر لإنشاء.

قُلتُ: يرد على التونسي وابن رُشْد تلقيهما تفرقة أشهب بين: فقد زوجتك وبين: زوجتك دون دليل، وكلاهما ماض في جواب شرط، ولعله واضح عندهما، وهو أن الفاء مع صيغة الفعل الماضي تصيره ماضيًا لفظًا، ومعنىً وهو دونها مستقبل معنىً، فصار كقوله: أتزوجك.

وسمع عيسى ابن القاسم: النكاح بشرط: إن لم يأت بالمهر لوقت كذا؛ فلا نكاح بيننا يفسخ ولو بنى، وقد قال: إن بنى؛ ثبت.

ابن رُشْد: هو نكاح خيار، والقولان على وجوبه بإمضائه يوم عقد، وهو ظاهر شفعتها، أو يوم أمضى وهو المشهور، والخلاف؛ إنما هو إذا أتى بالصداق إلى الأجل أو

اختار البت من له الخيار قبل مضي أمده وإلا؛ فلا نكاح بينهما.

قُلتُ: حكم بيع الخيار ما قرب من أمده كأمده إلا أن يفرق بجوازه فيه دون النكاح.

قال: ولو كان النكاح على خيار الثلاثة؛ انبغى جوازه لانحلال.

قُلتُ: هو خلاف نصها: أيجوز على خيار الثلاثة.

قال: لا خيار في النكاح، ولجواز تقدم إلزام أحد العاقدين قبل الآخر.

ابن الحاجب: من تزوج على إن لم يأت بالمهر لأجل كذا؛ فلا نكاح، فسد نكاحه وفرق بينهما، ولم يقل مالك: دخل أم لا؟ ولو دخل لم أفسخه.

عياض: كررها في باب آخر قال: وقال مالك: يفسخ دخل أم لا؟ لأني رأيته نكاحًا لا إرث فيه.

سَحنون: هذه قولة كانت له في نكاح الخيار، وكان يقول: لا فساد في عقده، ثم رجع فقال: إن دخل جاز، فحمل فضل وغيره اختلاف قول مالك في المسألتين على ظاهره، ويحتمل أنه لم يسمع منه: دخل أو لم يدخل؛ بل بلغه عنه، وجعلها بعضهم من نكاح المتعة، واستدل بإدخالها مالك في باب النكاح لأجل.

وقال ابن لبابة: أراد سَحنون أن ابن القاسم لم يسمع من مالك: دخل أو لم يدخل في مسألة: إن لم يأت بالمهر، وخرجها على قولي مالك في الخيار.

الزوج: شرطه الإسلام؛ فيفسخ لفقده.

اللخمي عن ابن القاسم: لو تزوجت مسلمة نصرانيًّا؛ لم يحدا، ولو تعمداه، وعوقبا إن لم يعذرا بجهل.

وخرج اللخمي حدها من قول محمد: إن تعمد مسلم نكاح مجوسية رجم.

والصغير في تزويجه وصيه ثالثها: إن كانت ذات شرف أو مال أو بنت عم، ورابعها: يكره، لها، ولابن محرز عن سَحنون واللخمي عن المغيرة ورواية محمد: لا يعجبني، والحاكم كوصي إن لم يكن، والمنصوص: جده أبوه، وتخريجه اللخمي على الوصي بعيد.

والمجنون: روى ابن شعبان: أعجب إلي أن لا يزوجه، وما رأينا من فعله.

اللخمي: من لا يفيق إن خشي فساده زوج وإلا فلا، ومن يفيق كسفيه.

وفي جبره، ووقفه على رضاه قولا ابن حبيب مع ابن القاسم وابن الماجِشُون مع قولها في إرخاء الستور، والصواب: إن أمن طلاقه، وخشي فساده إن لم يزوج، ولا وجه لتسريه؛ وجب تزويجه ولو لم يطلبه، ومقابله يمنع ولو طلبه إلا أن يقل المهر، وإن أمن طلاقه، ولم يخش فساده؛ أبيح إلا أن يطلبه فيلزم، ومقابله إن قدر على صونه منع، وإلا زوج بعد التربص، وأخذ الأول من قولها: لا يجبر أحد أحدًا على النكاح إلا الأب، ثم قال: والولي في يتيمه.

المتيطي: قيل: اليتيم الصغير، وقيل: والكبير.

ومهر الابن الصغير: بإنكاحه أبوه صحيحًا حمل دين على أبيه نقدًا ومؤجلاً لا رجعة له به إن شرط عليه مطلقًا أو سكت والابن عديم.

اللخمي: ولو أيسر بعده.

وقوله: أضمنه كأحمله.

قال: لأن العادة ضمان الأب فيه حمل، وعلى الابن إن سكت، أو شرطه عليه، وهو مليء، فلو كان عديمًا؛ فثالثها: إن قال في شرطه: على ابني لست منه في شيء للصقلي عن أَصْبَغ وابن القاسم ومحمد قائلاً: إن علم به الابن بعد بلوغه قبل بنائه؛ خير في التزامه ورد نكاحه وبعده لزمه بالأقل من المسمى أو المثل.

زاد اللخمي: وللزوجة الخيار قبل بلوغه في البقاء لذلك أو رد نكاحه.

الصقلي عن بعض أصحابه: لو شرط في إنكاحه، وهو عديم إعطاؤه مالاً ساكتًا عن من المهر عليه.

نحى بعض شُيُوخنا إلى أنه على الابن ليسره بالعطية قال: وفيه نظر.

الصقلي: لا نظر فيه؛ إذ لم يتم العقد إلا وهو مليء.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن كتبه على ابنه الصغير العديم، فإن بلغ قبل بنائه؛ خير في التزامه أو فراقه، ولا شيء عليه، ولو بنى صغيرًا أو كبيرًا، ولم يعلم؛ فهو على الأب.

ابن رُشْد: هو معنى ثاني نكاحها، والآتي على سماع أبي زيد ابن القاسم في إنكاح الابن على شروط عليه، ولابن حبيب عن ابن الماجِشُون: شرط الصداق على الابن الصغير، أو السفيه العديمين لازم، وهو الآتي على قول ابن وَهْب: يلزمه ما جعله عليه أبوه من الشروط، وإن كان الابن مليًا ببعض الصداق.

فقال الباجي: لا نص، وجعله كالملي فيما هو به ملي، وكالعديم فيما هو به عديم.

قُلتُ: هو الجاري على عتق المديان وتبرعه.

الصقلي عن ابن القاسم: الكبير السفيه كصغير، وصداق الابن الرشيد بإنكاحه أبوه على من شرط عليه، فإن سكتوا والابن ملي؛ فعليه، فإن كان عديمًا؛ ففيها ليحيى بن سعيد: إن كان الولد عديمًا صغيرًا أو كبيرًا؛ فعلى الأب.

قال بعض أصحاب الصقلي: يريد: السفيه.

وقال الصقلي: والرشيد كوكيل شراء لم يتبرأ من ثمنه، ويرد بأنه القابض في البيع وموكله في النكاح.

الصقلي: روى محمد: لو قال الأب العاقد: أردت أنه على الابن وهو رشيد، وقال الابن: أردت أنه عليه؛ فرق بينهما بعد أيمانهما، ولا شيء عليهما.

ابن القاسم: إن كان بنى؛ حلف الأب ولزم ابنه، ونقلها اللخمي معزوًا حلفهما لمحمد لا لروايته، وزاد من نكل منهما؛ لزمه، فإن نكلا؛ غرماه بالسوية، وإن كان بنى وحلف الأب، والمسمى أكثر من المثل؛ حلف الابن، وسقط فضل المسمى عليه.

وسمع عيسى ابن القاسم: ضمانه في صحته مهر ابنته أو ابنه في إنكاحه إياهما حمل تحاصص به الزوجة في الموت والفلس.

ابن رُشْد: يتحاصان الدين المستحدث لا القديم؛ لأن من أحاط دينه بماله؛ لم يجز حمله.

قُلتُ: يريد العديم المحيط بماله لا العديم الفاضل عنه قدر الحمل.

ابن رُشْد: ضمان الرجل صداق ابنه أو أجنبي إن كان في العقد؛ ففي كونه حملاً حتى ينص على الحمالة، وعكسه قولها مع ابن حبيب وسماع سَحنون ابن القاسم وعيسى عنه في غير العتبيَّة.

وفي سماعه إياه اضطراب، وإن كان بعد العقد؛ فالثاني اتفاقًا.

وفيها: ومثله ذو القدر يزوج رجلاً، ويضمن صداقه لا يتبعه بشيء منه؛ لأنه بمعنى الحمل ليست هذه الوجوه كحمالة الديون، وكذا من قال لرجل: بع من فلان فرسك، والثمن لك علي، فباعه، ثم هلك الضامن؛ فذلك في ماله، فإن لم يدع شيئًا؛ فلا شيء على المبتاع، وكذا من وهب لرجل مالاً، فلم يدفعه له حتى قال لرجل: بع فرسك بها وهبته، وأنا ضامن له حتى أدفعه لك، وأشهد له بذلك، فمات الواهب عديمًا بعد قبض المبتاع الفرس؛ فلا شيء عليه.

عبد الحق: إن استحق الفرس في الأولى؛ فثمنه لواهبه، وفي الثانية للموهوب، ولو مات الواهب في الثانية قبل قبض الموهوب له الفرس؛ ففي منع مبتاعه من قبضه دون دفع ثمنه نقلا عبد الحق عن الشيخ وغيره.

قُلتُ: في إجارتها: إن مات الأب بعد مضي بعض مدة إجارته؛ خير الولد بحصة باقي المدة في مال الولد، ولو قدمها الوارث؛ رجعت ميراثًا، وفارق معنى الضمان فيمن قال لرجل: اعمل لفلان عملاً أو بعه سلعتك، والثمن لك علي؛ الثمن في ذمة الضامن إن مات لا على المبتاع، ولا على الذي عمل له العمل؛ فظاهره كغير.

الشيخ: فلو تبارءا؛ ففي كون المهر للحامل أو للزوج قولا اللخمي مع ابن القاسم، والمتيطي عن ابن أبي زَمَنَيْن مع ابن حبيب قائلاً: قول ابن القاسم وهم، وابن الماجِشُون.

المتيطي: بالأول العمل.

الصقلي عن ابن حبيب: لو فسخ لفساد؛ فللحامل، فلو طلق قبله؛ ففي كون النصف للحامل أو للزوج قول ابن القاسم فيها مع سماعه سَحنون، وتخريج ابن رُشْد على وجوب كله للزوجة بالعقد.

المتيطي: نقل كثير من القرويين والأندلسيين من كتاب ابن حبيب قولي ابن القاسم وابن الماجِشُون في مسألة الطلاق غلط، إنما نقلهما ابن حبيب في تباريهما.

وقال في الطلاق: النصف للحامل لا للزوج، ولو فلس الحامل أو مات عديمًا بعد البناء؛ فلا غرم على الزوج، وقبله فيها في موته.

و في سماع سَحنون ابن القاسم في عدمه: لها منعه حتى يقضي معجله أو يطلق، فإن طلق؛ ففي اتباع الزوجة الحامل أو تركته بنصفه نقلا اللخمي عن ابن القاسم مع مالك، وتخريجه على قول ابن نافع: من طلق عليه قبل بنائه لعسره بالمهر؛ سقط عنه أجمع.

قال: وله البناء دون دفع مؤجله، ولو حل بخلاف حلول مؤجل عليه لدخولها على التسليم له واتباع غيره؛ كقائل: بع فرسك من فلان، وثمنه علي لسنة، ففلس قبل قبضه؛ فله قبضه، ولا شيء عليه، فلو مات مليًا بمعجله دون مؤجله فض عليهما، وخير الزوج في إتمام المعجل أو الطلاق، فلو كان مائة مؤجلاً نصفها، فصار لها في حصاص غرمائه خمسون؛ فضت عليه، وخير الزوج، فإن طلق؛ ففي مضي حصاصها وردها نصف ما قبضت تضرب فيه مع الغرماء بخمسة وعشرين تخريجًا.

اللخمي: على أن الواجب بالعقد كل المهر، أو ما يترقب.

قال: وما غرم الزوج لفلس الأب تبعه به دينًا عليه.

قُلتُ: هو سماع سَحنون ابن القاسم.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وفرق بينه وبين ثاني قولي ابن القاسم فيمن خالع زوجته على مئونة ولدها منه، ففلست، فأنفق عليه أبوه في اتباعه إياها بما أنفق عليه قولا ابن القاسم بأن النفقة الأصل وجوبها عليه لابنه.

ومن زوج ابنه أو غيره، وضمن صداقه في العقد، ثم قال: أردت الحمالة، وقال أحد الزوجين: الحمل، ولم تذكر البينة تفسيرًا؛ ففي كونه حملاً أو حمالةً قولها مع سماع سَحنون ابن القاسم، وابن رُشْد عن ابن حبيب، والمتيطي عن ابن الماجِشُون، وله مع ابن رُشْد عن عيسى عن ابن القاسم، ولم يذكر اللخمي غير الأول في الأب، وكذا ابن بشير فيه، وفي غيره قال: إنما هذا العادة، وإلا فالأصل الرجوع إن ادعاه الملتزم، ويحلف إن اتهم على ذلك، ولو كان الحمل بعد عقد النكاح، أو البيع عن ابنه أو غيره؛ ففي افتقاره لحوز نقلا ابن رُشْد.

اللخمي: قولان لمفهوم قولها، وقول حمالتها من قال: ما داب لك قبل فلان أنا به كفيل، فمات؛ أخذ ذلك من تركته.

ابن بشير: هذا الذي ذكره من دليل الخطاب لا يعول عليه عند المحققين؛ لأنه مختلف فيه في كلام الشارع، ولا يختلف أنه لا يقال به في كلام غيره.

والمعروف صحة عقد النكاح على نحلة الأب ابنته، وقول المتيطي: عقده عليها صحيح على قول الجمهور يقتضي خلافًا فيه؛ فلعله خارج المذهب، وعليه في عدم افتقارها لحوز كثمن مبيع قولا ابن عبد الرحمن مع قول المتيطي هذا خلاف المذهب وعليه العمل، ونقله ابن أبي زَمَنَيْن عن بعض العلماء، والمتيطي، وابن سهل عن ابن الهندي في نسخته الكبرى، ونقل ابن العطار عن بعضهم مع ابن عتاب عن فضل والمتيطي وابن سهل عن ابن الهندي في نسخته الوسطى.

ابن سهل: إن كان المنحول مالكًا نفسه، فقال ابن العطار: لابد في عقدها من كتب قبول المنحول فلان هذه النحلة، وإلا بطلت النحلة إن لم تحز في صحة الناحل، ونزلت فأفتى فيها ابن عتاب بصحتها، وإن لم يذكر فيها قبوله ولا حيزت.

قال: وسمعت شيخنا القاضي أبا المُطَرِّف بن بشر مرارًا ينكر قول ابن العطار، وبذلك أفتى حسون فقيه مالقة أنه كلام ضعيف، ذكره بعض الموثقين ولم يسمه، المتيطي عن غير واحد من الموثقين: إن كانت النحلة دارًا يسكنها الأب لم تتم إلا بخروجه عنها بنفسه وثقله.

قُلتُ: هذا على افتقارها للحوز واضح، وفيه على عدمه نظر، وقد قال ابن سهل: أخبرني بعض أصحابنا عن ابن دحون عن أبي عمر الإشبيلي أنه قال في الرجل يأتي بوثيقة فيها أن الدار التي يسكنها مع ابنته فلانة كان نحلها لها في عقد نكاحها: أن ذلك جائز نافذ لا يفتقر لحوز.

وقال ابن زَرْب: هذا تحيل لإسقاط الحيازة، لا تنفذ إلا بحيازة، ولو كان في النحلة غرر؛ ففي صحته أو صحة النكاح وفسادهما.

نقل الصقلي عن ابن عبد الرحمن مع المتيطي عن فتواه مع أبي عمران: بصحة نكاحٍ عقده أب على ابنته على نحلته إياها ما حبس عليه غلته حياته، كما لا يقدح رهن الغررٍ في البيع.

وابن سهل عن فتوى ابن دحون فيمن نحلت ابنتها في عقد النكاح دارًا استثنت

منها غرفة أقل من ثلثها تسكنها حياتها، فإن ماتت لحقت بالنحلة؛ النحلة فاسدة، ويفسخ النكاح لغرر النحلة؛ لأنها في عقد النكاح كالبيع في الاستحقاق، وسقوط الحوز وغير ذلك.

المتيطي: لو مات الزوج قبل البناء أو طلق؛ لم ترجع النحلة لأبيها اتفاقًا.

ولو فسخ النكاح قبل البناء؛ ففي كونه كذلك ورجوعها له قولا ابن عبد الرحمن مع قول الصقلي، قاله بعض فقهائنا، واختيار الصقلي مع بعض شُيُوخه، والمتيطي عن ابن العطار.

المتيطي: وفي ثبوت الشفعة فيها نقلا الباجي.

المتيطي: وينبغي في كتبها نص ما يبين قدرها، فإن لم يكن وادعى الزوج أكثر؛ حلف الأب على نفيه، وله صرف اليمين على الزوج، قاله غير واحد.

وفي استحقاقه بحلفه: ما ادعاه لزوجته، أو حط ما زاد في الصداق لأجله قولا بعضهم وابن عبد الرحمن مع بعضهم قائلاً: وترجع الزوجة بفضل المسمى على صداق المثل على وليها.

المتيطي عن غير واحد من الموثقين: لو استحقت النحلة أو بعضها، أو بان أنها حبس؛ خير الزوج قبل البناء في البقاء أو الحل وبعده في سقوط حقه، ورد الصداق لقدر ما بقي من النحلة قولان.

ابن الهندي: وبهذا العمل، ولا ضمان على الناحل فيها، ولو كان المحبس بيت؛ فعلى ما تقدم من رجوعها على وليها بالفضل ترجع به عليه إن كان المحبس.

وفيمن تزوج بصداق لأجل مال ذكر للزوجة؛ بان عدمه طرق.

المتيطي: لو قال أب: لابنتي كذا فلم يوجد، فقال ابن الهندي: لا شيء عليه، هي كذبة، ولا يخفف عن الزوج، لو شاء تثبت، وقيل: لأنه من الأب على وجه التزيين كقوله: هي بيضاء، فيجدها سوداء، فإن شرط ذلك للزوج؛ خير قبل البناء في البقاء والرد، ورجع بعده على الأب؛ لأنه غره، ولا ينقص من المسمى شيء.

وقال ابن وَهْب في العتبيَّة: يرد بعد البناء لصداق المثل.

ابن الهندي: وهذا أعدل.

وقال ابن حبيب: إن قال ولي لزوج: لها كذا حليًا أو ثيابًا، ونحوه مما يخفى، ولا يعلم إلا منه، وهو أب أو وصي أو مقدم وهي بكر؛ لزمه واتبع به دينًا، وإن كان ظاهرًا كالدار والقرية؛ خير قبل البناء في البقاء والرد، ولا شيء عليه، وفي رجوعه بعد البناء بفضل المسمى على صداق المثل على أن لا شيء لها على الولي أو عليها قولا ابن حبيب، وفضل عن عيسى، وإن كانت ثيبًا فعليها؛ لأنها هي الغارة إن كانت مليئة، وإلا فعلى الولي.

قال: ولو سأل الخاطب وليها عن مالها، فسكت، فقال غيره: أجنبيًا أو من أهلها لها منزل أو دار بموضع كذا، وذلك ملك للمخبر؛ لزمه حيًا وميتًا؛ لأنها عطية منه انعقد عليها النكاح.

الشيخ عن الموازيَّة: من خطب لرجل، فرفع عليه في المهر، فأنكره فقال الولي: لها كذا، فأصدقها ما طلب، فلم يوجد؛ قال أَصْبَغ عن ابن القاسم: فيما أظن ذلك تزيين وتجميل يلزمه المهر ولا حجة، كقوله: بيضاء جميلة شابة حسنة، فيجدها سوداء أو عرجاء، وكذا قوله: لها ذلك عندي أو علي أو أراه شيئًا لغيرها سماه لها، وليس قوله: عندي أو علي؛ إقرار إلا ببينة أنه أراد الإقرار على نفسه، والأب وغيره سواء، ولو شرط له ذلك شرطًا؛ فللزوج رد النكاح إن علم ذلك قبل البناء، وإن علمه بعده رجع بالمهر على من غره.

محمد: هذا في السوداء والعجوز.

وفي عدم المال يرجع عليه بما زاد في المهر له.

ابن حبيب: إن قال لها: عندي أو علي أو في مالي؛ فسمى مالًا أو عرضًا ظاهرًا أو خفيًا أو عقارًا يعرف أولاً؛ لزمه حيًا أو ميتًا كان شرطًا عند العقد أو قبله عند الخطبة.

قُلتُ: انظر قوله: (أو قبله)؛ هل هو عطف على: (عند العقد)؛ فلا يلزمه بذكره عند الخطبة إلا أن يكون شرطًا أو على قوله: شرطًا؛ فيلزمه بذكره عند الخطبة، وإن لم يكن شرطًا، وهو ظاهر ما يأتي لابن رُشْد، وهو خلاف ما تقدم في الموازيَّة.

قال: وإن قال لها: كذا حليًا أو غيره؛ لزمه حيًا وميتًا، وإن ادعى أن قوله: تزيينًا، فإن كان أبًا أو وصيًا، أو مقدم قاض؛ لم يصدق فيما يخفى، ويصدق فيما يظهر مما لا

يعرف لها كرأس أو دار أو أرض، وللزوج ردها قبل البناء، ولا شيء عليه، وحبسها بجميع الصداق وبعده يرجع بفضل المهر على صداق المثل على من غره دونها إلا أن تكون ثيبًا عرفت كذب الولي، ودخلت على ذلك؛ فيرجع عليها إن كانت ملية، وإلا فعلى الولي، وإن أنكحها من ليس أبًا ولا وصيًا ولا مقدمًا؛ لم يؤخذ بما سمى خفيًا أو ظاهرًا وهي كذبة، ويخير الزوج قبل البناء، ويرجع بعده كما تقدم.

وسمع عبد الملك: قال ابن وَهْب: من قال لأب: ما لابنتك قال: كذا فرفع في صداقها لذلك، وبان كذبه للزوج ردها، ولا شيء عليها أو حبسها لجميع الصداق إن لم يبن، وإن بنى؛ ردت لصداق مثلها.

ابن رُشْد: يريد: يرجع بما زاد عليها، وتتبع به إن لم يكن لها مال.

وقال ابن حبيب: يرجع به على الولي الذي غره إلا أن تكون ثيبًا علمت كذب وليها، فيرجع عليها إن كانت ملية، وإلا فعلى وليها.

وقال أَصْبَغ في الخمسة: ويحيى عن ابن القاسم في العشرة: لا رجوع للزوج بشيء لتفريطه، هذا إن وصفها الولي بذلك دون شرط، وإن تزوجها على أن لها كذا، وليس لها والزوج قبل البناء لما مر، وإن لم يعلم ذلك إلا بعده؛ رجع بالصداق على الولي الذي غره إلا أن تغره هي دونه، فيرجع عليها به إلا بما تستحل به، قاله مالك وأصحابه إلا محمدًا قال: إنما يرجع على من غره بفضل المسمى على صداق المثل إن تركها وهو بعيد.

زاد في كلامه في سماع عيسى: لأنه يقول: ما رضيت بما سميت إلا لما شرط لي من مالها، فإذا لم يكن؛ فأنا أردها، وأرجع بالصداق على من غرني، وسواء كان شرطًا لما ليس لها، أو سمى لها ذلك عند الخطبة من غير شرط.

قال في سماع عبد الملك: إن سمى لها الولي شيئًا من ماله عرضًا أو أصلاً عند النكاح بشرط أو بغيره، فقال لها: داري الفلانية، أو عبدي فلان؛ كان ذلك نحلة في افتقارها للحيازة رواية يحيى قولي ابن القاسم، وإن قال لها: الدار الفلانية أو المملوك فلان؛ ففي كونه نحلة كذلك، أو لغوًا ساقطًا قولا ابن حبيب مع رواية يحيى عن ابن القاسم وأَصْبَغ، وعليه ففيه ما مضى من الخلاف فيما للزوج من الحق في الشرط، وفي غيره، ولو سمى لها عينًا أو طعامًا أو عرضًا موصوفًا، فقال: لها كذا، وسكت أو قال:

في مالي أو علي أو قبلي أو عندي، فقال أَصْبَغ: لا يلزمه شيء إن كان على وجه التزيين لها إلا أن يرى أنه أراد العطية لها.

ابن حبيب: إن قال: في مالي أو عندي أو علي؛ لزمه ذلك حيًا وميتًا نحلة لا تفتقر لحوز، وإن لم يقل إلا لنا كذا، وسكت؛ لم يلزمه إلا أن يكون أبًا أو وصيًا، وثالثها: روى يحيى عن ابن القاسم: إن قال لها في ماله: كان لها ذلك إن كان له مال، وإن لم يكن له؛ لم يتبع به، وإن قال لها: عندي؛ فهي عدة لا تلزمه إلا أن يطوع به، كان له مال أم لا؟ وإن قال لها: علي أو قبلي؛ فهو لازم يتبع به إن لم يكن له مال، وإن قال: لها كذا، ولم يزد؛ لم يلزمه شيء.

المتيطي: للزوج أخذ رسم النحلة خوف إخفاء الأب الصداق.

قال: ونحلة الزوج أبوه أو غيره في عقد النكاح كالزوجة.

ابن الهندي: زعم بعضهم أن كتبهم على النحلة بذل الزوج الصداق يوجب عرو البضع عنه ليس صحيحًا لو كان كذلك ما جهله علماء متقدمي الموثقين.

قُلتُ: قد يدرك متأخر ما فات متقدمًا.

والجواب: منع كون الصداق عن النحلة لها يوجب عرو البضع عنه؛ بل يوجب كونه عنه من حيث ثبوت النحلة لذات البضع.

وضمان مهر إنكاحه ابنه في مرضه.

فيها: ساقط؛ لأنه وصيَّة لوارث، والنكاح جائز، والصداق على الابن إن أحب وإلا؛ فسخ النكاح، وسقط الصداق.

ابن القاسم: إن كان صغيرًا نظر وصيه بعد موت أبيه إن كان له مال، ورآه غبطة أمضاه وإلا فسخه، قد قال مالك: لا يعجبني هذا النكاح.

ابن رُشْد: كرهه؛ لأنه خيار حكمي.

اللخمي: يريد: ويفسخ، وأرى إن اعتقدوا صحة الضمان؛ صح النكاح، ونظر الأب الأصلح له في إمضائه، وتعمير ذمته بالمهر أو فسخه، وللزوجة رده إن لم تدر هل يفي إرثه بالمهر، أو يصح الأب، فيكون في ذمة فقير، وإن مات الأب نظر الوصي كذلك، وللزوجة مقال إن قصر إرثه عن المهر، وإن علموا بطلان الضمان؛

فسد النكاح.

وفيها: إن صح الأب؛ فذلك جائز، ولزمه الضمان، ولو مرض بعد ذلك.

الصقلي: روى محمد: إن بلغ وبنى في مرضه، وقبضت الصداق، ومات الأب؛ ردته للورثة، وتبعت به زوجها، ولا يمنع منها الزوج إن بقي بيدها ربع دينار، وإلا منع حتى يدفعه، وإنكاحه ابنته في مرضه ضامنًا مهرها صحيح.

وفي سقوط ضمانه، وثبوته في الثلث نقل اللخمي عن أشهب مع ابن القاسم ومالك مع ابن رُشْد عن أحد قولي أشهب وأبي زيد عن ابن القاسم وابن وَهْب والأخوين وروايتهما.

وروى أبو قرة: إن كان المسمى أكثر من مهر المثل؛ ففضله وصيَّة للابنة.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وفيها: للوصي إمضاء نكاح الصغير بنفسه القادر على الوطء، فإن رده؛ فلا مهر ولا عدة وإن وطئ.

ابن محرز: أنكر سَحنون إمضاءه؛ لعدم حاجته.

قُلتُ: فيلزم في إنكاحه الوصي.

محمد: إن جهل حتى ملك نفسه؛ مضى.

ابن عات: ومثله في الوثائق المجموعة.

ابن عات: ظاهره: لا تعقب للمحجور بعد ملكه أمر نفسه في أفعاله مثل النظر له قبل ذلك، ولابن محرز مثله نصًا، ولابن رُشْد في المأذون من مقدماته: أن له الخيار بعد ملكه أمر نفسه، ولم يحك فيه خلافًا، ولابن محرز عن إسماعيل القاضي في المولى عليه: يتزوج بغير إذن وليه، فلا يعلم به إلا بعد رشده؛ نكاحه ثابت، وقاله ابن الماجِشُون في بيعه وشرائه، ويشبه أن يعود له ما كان بيد وليه من النظر في فعله.

ولابن سهل في النوادر: عن مالك: لورثة المولى عليه رد فعله في ولايته، كما كان له لو ولي نفسه ما لم يتركه بعد، وولايته نفسه بما يعلم أنه رضي به، ومثله للأخوين خلاف قول ابن القاسم وأَصْبَغ، ولو نكح على شروط، فأمضاه وليه أو زوجه عليها، ففي لزومها ونفيه حتى يلتزمها بعد بلوغه قول ابن وَهْب مع المتيطي عن تخريجه بعض

الموثقين من قولها يلزمه خلع وليه عنه، ومحمد عن ابن القاسم مع ابن رُشْد عن أَصْبَغ وابن الماجِشُون.

المتيطي عن أكثر الموثقين: إن التزمها بعد بلوغه؛ لزمه النكاح.

اللخمي: ولا خيار له.

المتيطي: قال ابن الهندي: إنما يصح إلتزامه بعد بلوغه في الشروط بالطلاق لا بعتق السرية؛ لأن عتقها منه لغو عاجلاً وآجلاً إلا أن يلتزمه بعد رشده.

ابن رُشْد: وعلى الثاني إن لم يلتزمها؛ لم يلزمه نكاح ولا صداق إلا أن ترضى المرأة بطرح الشروط؛ فيلزمه النكاح.

المتيطي عن بعض الموثقين: الفرقة بعدم التزامه، وعدم إسقاطها طلاق والرضا بإسقاط الشروط والإباية منه في غير المحجورة لها.

وفي كونه فيها لوليها قول المتيطي مع بعض الموثقين، وابن الفخار، وابن العطار، واحتج المتيطي بأنه إن تزوج عليها، أو أضر بها، أو غاب عنها؛ فلها القيام بشرطها، وتركه دون وليها، وقيل: احتجاج ابن الفخار في تعقبه على ابن العطار بقول مالك لها ترك شرطها أن لا يخرجها إلا برضاها ولو كره أبوها، ويرد بأن هذا مقيد برضاها وعليه التزمه الزوج، وقول ابن العطار إنما هو في شرط مطلق.

ابن حارث: إن لم يلتزم الشروط، وتخلى عن النكاح، ففي لزوم نصف الصداق نقلا محمد عن ابن القاسم في كتاب سماعه وكتب مجالسه، وصوبه محمد، وعزاه اللخمي له مع أَصْبَغ.

زاد الشيخ عنه: ولا شيء عليه، ولا على أبيه، ولو كان يوم زوجه لا مال له، وابن رُشْد لابن الماجِشُون، ولم يذكروا لابن القاسم غير الأول.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم: يلزمه هو قول ابن وَهْب وابن الماجِشُون: من زوج ابنه الصغير عديمًا، وكتب الصداق عليه؛ لزمه.

قُلتُ: بل هو نفس قول ابن وَهْب: تلزمه الشروط، وعلى الثاني لو طلق قبل علمه بها؛ ففي لزوم نصف الصداق قول محمد، ونقله عن ابن القاسم، وخرجها اللخمي على الخلاف فيمن طلق قبل علمه بعيب يوجب الرد.

ابن رُشْد واللخمي: إن بنى بعد بلوغه عالمًا بها؛ لزمته.

المتيطي: وقيل: لا تلزمه.

قال: ابن العطار: وله أن يبني بها إلا أن يتطوع بالتزامها.

ابن رُشْد: وقبله أو بعده جاهلاً سقطت.

المتيطي: لتمكينها نفسها.

ولو قال: كنت جاهلاً ففي تكذيبه؛ فتلزمه، وتصديقه بيمين.

نقل المتيطي عن ابن العطار، وسماع أبي زيد ابن القاسم مع ابن الهندي محتجًا بقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْـًٔا﴾ [النحل: 78]، ولم يحك ابن رُشْد غيره.

ابن رُشْد: لو قال: كنت حين شرط أبي صغيرًا، وقال وليها أبًا أو وصيًا: كنت كبيرًا، وعجز الزوج عن البينة؛ ففي حلف وليها دونها، وعكسه سماع أبي زيد والتخريج من سماع ابن القاسم فيمن ادعى في تزويج ابنته البكر بعد موت زوجها بشاهد واحد، وادعى وارثه تفويضًا تحلف الجارية عاجلاً إن بلغت، وتؤخر إليه الصغيرة، وإن لم يدع وليها أنه كان كبيرًا؛ حلفت المرأة إذا بلغت كحلفها على شرط المغيب، وعدم الإنفاق.

ونكاح السفيه بغير إذن وليه: له إمضاؤه، فإن رده قبل بنائه؛ فلا شيء للزوجة وبعده.

قال ابن الماجِشُون كذلك.

مالك: لها ربع دينار.

ابن القاسم: يجتهد في الزيادة لذات القدر.

اللخمي: رابعها لأَصْبَغ: تزاد بما يرى، ولا تبلغ صداق المثل.

ابن رُشْد: على الثالث لا تحديد.

وعن ابن القاسم: من المائة أربعة ونحوها.

ابن نافع: عشرة.

قال: وفي كونه على الجواز أو الرد قولان، وفي بقاء النظر، ورفعه بموت أحدهما أو

الزوج لا الزوجة، رابعها: العكس، ففي ثبوت الإرث والمهر إن مات أحدهما قبل النظر فيه ثمانية:

الأول: نفيهما إن مات الزوج، وإن ماتت نظر الولي، فيثبتان أو ينتفيان لسماع يحيي ابن القاسم وسَحنون والأخوين، وابن أبي حازم بناءً على أنه على الرد، والرفع بموته لا موتها.

الثاني: ثبوتهما لابن حبيب عن أَصْبَغ عن ابن القاسم على الإجازة، والرفع بموتهما.

الثالث: نفيهما على الرد، والرفع بموت أحدهما.

الرابع: ثبوت الإرث لا المهر لابن القاسم في العشرة الإرث لرعي الخلاف، وسقوط المهر للرد، والرفع بموت أحدهما.

الخامس: لأَصْبَغ: في الخمسة الإرث للرعي والمهر إن كان غبطة.

قُلتُ: لبقاء النظر؛ فالإرث في الغبطة، وفي غيرها لرعي الخلاف.

السادس: الإرث للرعي لا المهر إن مات الزوج، وإلا ثبت إن كان غبطة للرد، والرفع بموته لا موتها.

السابع: الإرث للرعي والمهر مطلقًا في موت الزوج، وإن كان غبطة في موتها للجواز، والرفع بموته لا موتها.

الثامن: ثبوتهما إن كان غبطة وإلا انتفيا.

قُلتُ: للرد والبقاء.

وتاسعها: للخمي عن أَصْبَغ: إن ماتت المرأة؛ ثبتا.

إن كان غبطة وإلا سقطا، وإن مات؛ فالإرث مطلقًا، والمهر إن كان غبطة واستشكله.

ونكاح ذي رق بغير إذن ربه: يصح بإمضائه ربه وله رده.

وفيها: وارثه مثله.

الشيخ عن الموازيَّة: ولو بعد.

المتيطي: إن أجازه بعد بنائه؛ ففي لزوم استبرائه قول سَحنون، ونقل اللبيدي عن

إسماعيل القاضي مع ابن محرز عن ابن عبد الرحمن.

أبو الفرج: القياس فسخه، وخرجه اللخمي على تعليل أشهب منعه إجازة مستحق خلخالين ممن اصطرفهما منه بأنه صرف فيه خيار.

وسمع عيسى وأبو زيد ابن القاسم: لو رآه سيده يدخل على امرأته، وشهد عليه أنه أقر نكاحه؛ جاز، والصداق على العبد.

ابن رُشْد: وكذا إن علم بدخوله عليها؛ فسكت، ولم ينكره؛ سقط حقه في التفرقة بينهما كمن ملك رجلاً أمر امرأته، فلم يقض حتى أمكنته من وطئها؛ لا يدخل فيه الخلاف في كون السكوت رضا.

قُلتُ: في تعليقة الطرطوشي: من رأى عبده يتصرف، فسكت؛ لم يكن إذنًا فيه كالنكاح، وكما لو رأى من ينكح وليته؛ لم يكن ذلك رضا به؛ فظاهره خلاف نقل ابن رُشْد: ولربه إن لم يجزه فسخه بطلقة، وفيه ببتاته روايتاها أكثر الرواة على الثانية.

وخرج اللخمي: فسخه دون طلاق من قول الأبهري في ردها بعيب، واستحسن اللخمي كونها رجعية من قول مالك في فرقة الأمة تعتق تحت عبد إن عتق في عدتها؛ فله رجعتها.

وفيها: لمالك: لو قال ربه: لا أجيزه؛ إن أراد لست أفعل، ثم كلم فأجاز؛ جاز بالقرب، وإن أراد الفسخ كقوله: رددته؛ لم يجز إلا بنكاح جديد.

الشيخ عن محمد: لو قال: والله لا أجيزه اليوم، أو حتى أنظر فقد بين أنه لم يعزم، وكذا إن قال: لم أرد بقولي لا أجيز الفسخ؛ فله أن يجيز إلا أن يفترقوا على قوله: لا أجيز، فيكون فراقًا ما لم يقل: اليوم أو حتى أنظر؛ فذلك له.

ابن القاسم: ويصدق ربه أنه لم يرد عزم الفراق في المجلس ما لم يتهم، وإن شك على أي وجه صدر ذلك منه؛ فهو البتات.

قُلتُ: يريد: شك في عدد ما صدر منه على أن له التفريق بالبتات، وإلا فاللازم واحدة.

ابن حارث عن المغيرة: إن قال: لا أجيزه؛ لم يجز بعد ذلك.

وفيها: لمالك: ولربه رد المهر من الزوجة برد نكاحه إلا ربع دينار إن بنى.

ابن القاسم: وتتبعه به إن عتق، وقد بنى إلا أن يكون أسقطه عنه السلطان كقول مالك في دينه بغير إذن ربه.

سَحنون: إن أبطله ربه؛ بطل، وفي نكاحها الثاني، وكذا المكاتب في رد مهره.

قُلتُ: أتتبعه به إن عتق؟.

قال: ما سمعته، وأرى إن غرها اتبعته، وإن أخبرها أنه عبد؛ لم تتبعه.

وقيل: إن أبطله ربه قبل عتقه؛ لم تتبعه، فتعقب عبد الحق تسوية البراذعي بينهما في قوله: إن عتق العبد، أو ودى المكاتب؛ اتبعته بما ردته إن غرها، وإن بين لها؛ فلا شيء عليه، وإن أبطله عنه ربه أو السلطان قبل عتقه؛ لم يلزمه شيء، وصوب قول بعض شُيُوخه لرب العبد إسقاطه، ولو غرها وفي المكاتب إن لم يغرها وإلا وقف، فإن عجز فكالعبد، وإلا لم يصح إسقاطه.

المتيطي عن أبي عمران: هو كالعبد سواء لا وجه للتفرقة بينهما.

ابن محرز عن ابن عبد الرحمن: قولها: إن غرها المكاتب؛ تبعته.

قال بعض شُيُوخنا: الفرق بينه وبين العبد أن سيد المكاتب إنما له نجومه لا أخذ ماله، فصار شبه ما تداين به؛ فلم يكن لربه فسخه.

ابن محرز: وهذا ما دام مكاتبًا، فإن عجز؛ فله فسخ الدين عنه؛ لأنه يعيبه، وصار كمن لم يزل عبدًا من أصله.

قُلتُ: إن أراد في الصداق؛ فصحيح؛ لأنه ممنوع من النكاح بغير إذن ربه، وإن أراد، وفي الدين؛ فالمذهب خلافه.

ابن محرز: وقوله: إن أبطله السيد، ثم عتق لا يتبع.

من شُيُوخنا من قال: هذا إن غرها، وهو الأظهر.

وقال ابن الكاتب: يحتمل أن يكون معناه: إن لم يغرها؛ لم يبطل إلا بإبطال ربه، وإن غرها اتبعته اتفاقًا.

عبد الحق عن ابن الكاتب: إن بنى عبد بأمة تزوجها بغير إذن ربه وربها؛ فصداقها في رقبته.

قُلتُ: وكذا بإذن سيده في مطلق نكاحه، ولو كان بإذنه فيها؛ فالأظهر أن المهر في ذمة

سيده لقولها: إن أمر المحرم عبده أن يرسل صيدًا كان معه، فظن أنه أمره بذبحه فذبحه؛ فعلى السيد الجزاء، وإن كان العبد محرمًا؛ فعليهما والخطأ كالعمد في مال الغير والصيد.

وفيها: لو عتق قبل علمه؛ لم يكن لربه رد نكاحه.

المتيطي: روى الواقدي: يفسخ: وقال ابن القاسم ومالك: للعبد الخيار إن لم يبن في بقائه وفسخه.

قُلتُ: تقدم الخلاف في هذا الأصل في السفيه.

وفيها: لو باعه قبل علمه سمعت فيه شيئًا لم أتحققه، وأرى ليس لمبتاعه فسخه، فإن رده؛ فهو لبائعه، وتخريج ابن محرز فسخه قبل رده على بقاء شفعة ذي شقص باعه يرد ببقاء متعلق الشفعة لحالة تعلقها به، والذاهب سببها فقط، وفي العبد متعلق الفسخ وسببه.

اللخمي: له فسخه قبل رده ولمبتاعه رده بعيب عداه، وحملها بعضهم على منع فسخه قبل رده وهي محتملة، والقياس: له فسخه إن رضي مبتاعه عيب عداه.

ابن عات: في المدَوَّنة: ما يدل على الخلاف في تمكن المبتاع من فسخ نكاحه، ونقل الخلاف فيه.

ابن رُشْد وغيره: ولو أعتقه مبتاعه، ثم علم نكاحه؛ ففي رجوعه بعيبه قولا ابن محرز وا لصقلي مع عبد الحق عن أبي عمران بناءً على لغو حجة بائعه بأن معتقه فوت عليه إزالة عيب نكاحه؛ لتمكينه إياه من عتقه بمطلق بيعه واعتبارها، ولو رضيه، ثم رده بعيب؛ ففي غرمه عيب نكاحه ثالثها إجراؤه على أن الرد بيع، فيمنع البائع فسخه أو نقض؛ فلا يمنعه لعبد الحق عن أبي عمران، وبعض مذاكري ابن محرز، وابن عبد الرحمن، وتعقب إجراءه على أنه نقض بلزوم فسخه بائعه ما عقده بإذن مبتاعه بعد ابتياعه لو رده بعيب.

وأجاب عبد الحق والصقلي: بما حاصله عدم موجب الفسخ، وهو تعدي العبد بعقد النكاح، ولو باعه بعد علمه فقط؛ ففي كونه رضى بنكاحه وعدمه، ويقوم المبتاع مقام بائعه في رده وإمضائه، ثالثها: ليس برضى، ولمبتاعه التماسك ببيعه، ولا خيرة له في فسخ نكاحه، ورده فيكون لبائعه فسخه لتخريج ابن رُشْد على مبيع بعيب ضرر

إحداث علم به بائعه في كونه رضى بالعيب وعدمه، وينتقل حكم القيام به لمبتاعه، ثالثها: لا ينتقل، وله رده على بائعه، فيقوم بحقه فيه، ولم يعزها، وعزا المتيطي الأول لابن عتاب، والثاني لمحمد مع دليل العتبيَّة وحبيب عن سَحنون.

ابن محرز: الموهوب له هذا العبد كمبتاعه لا لوارثه.

ابن عات: يختلف فيه كالمبتاع.

ابن العطار: لو اختلف وارثوه في فسخه وإمضائه؛ فالقول قول ذي الفسخ، فإن قالوا: تقسم، فإن وقع لذي إجازته جاز؛ لم تجز القسمة على هذا؛ لأنها إجازة لنكاحه.

قُلتُ: وعدم جريان استحسان مسألة وارثي خيار واضح.

وسمع عيسى ابن القاسم: من زوج على إن كان حرًا وإلا فلا، وقف عنها، ولو بنى، فإن كان حرًا؛ ثبت وإلا فسخ، ولو عتق بعد ذلك، ولا شيء لها إن لم يبن، وإن بنى؛ فلها الصداق إن كان ربه أعتقه، وكان لم يستثن ماله، فإن استثناه أخذه منها، وترك لها ما تستحل به، وضعف مالك تركه، وقال: إنما هو مال لربه.

ابن رُشْد: أجاز هذا النكاح، وفيه معنى الخيار؛ لكونه عقد بت موقوف على اختيار أمر وقع يثبت الإرث فيه بالموت قبل ظهور ثبوت ما وقف عليه بخلاف عقد الخيار لا إرث فيه بالموت قبل بته، ولو بت بعد ذلك إنما يصح وقفه إن قرب اختيار ما وقف عليه، ولا يحل دخوله قبل بته حتى يعلم كونه حرًا يوم العقد، ولو بنى قبل ذلك؛ وقف لذلك، وإن أخذ ربه منها الصداق تبعته دينًا في ذمته عتق أو لم يعتق إلا أن يسقطه عنه ربه قبل عتقه، وقيل: لا يسقطه عنه إلا السلطان.

وقول ابن عبد السلام: القياس إن غر العبد الزوجة أن يكون الصداق جناية في رقبته يرد بأن روايات المدَوَّنة وغيرها أن كل ما استهلكه غير المأذون له من شيء أدخله ربه يد العبد أنه لا يكون جناية في رقبته.

وللمكاتب والمأذون له التسري بمالهما.

وسمع ابن القاسم قوله لعبده: اشتر أمة من المال الذي بيدك فطأها؛ لا تحل له بذلك حتى يهبه المال قبل ذلك.

وسمع أشهب: أو يسلفه إياه.

وسمع ابن القاسم هبة السيد عبده الأسود المخارج الجارية يعفه بها: لا يعجبني ولا يعمل به؛ لأنها تحليل؛ إنما الهبة للعبد التاجر.

ابن رُشْد: يجوز للمأذون في شراء أمة وطؤها دون إذن ربه فيه لقولها للمأذون له: التسري دون إذن ربه فيه، ومعنى رواية السبائي: لا يتسرى العبد في ماله إلا بإذن ربه في غير المأذون.

ومهر نكاح ذي الرق بإذن ربه عليه لا يضمنه ربه، ومهر إنكاحه ربه على من شرط، فإن سكتوا؛ ففي كونه عليه أو على ربه قولان للمعروف، ونقل المتيطي، وحيث هو على العبد في كونه فيما حصل له من معروف لا في فضل خراجه أو فيهما، ثالثها: فيما يكون له من معروف لا فيما له منه حين العقد للمشهور وسَحنون والمتيطي عن ابن القُصَّار.

ومن عقد لغائب بادعاء أمره وضمن مهره فأنكر؛ بطل النكاح.

وفي لزومه اليمين سماع أَصْبَغ ابن القاسم مع ابن رُشْد عن الأسدية، وابن لبابة مع ابن رُشْد، وظاهرها معللاً سقوطها بأنه لو نكل؛ لم يلزمه شيء.

وفي سقوط المهر عن الضامن: قولها وقول غيرها مع ابن رُشْد عن محمد وروايته عن أصحاب مالك، وخرجها ابن رُشْد على رواية السباﺋ:ي فسخه بغير طلاق، وقول ابن القاسم في المدنيَّة: بطلاق.

وإنكاح أب ابنه ساكتًا، فأنكر تقدمت في فصل التوكيل.

[باب الكفاءة]

والكفاءة: المماثلة والمقاربة مطلوبة بين الزوجين.

وفي كونها حقًّا للولي والزوجة، أو للزوجة الثيب دون وليها، فيصح إسقاطها ثالثها: حق لله تعالى يمتنع إسقاطها لنقل المتيطي عن بعضهم مع دليل ذكرهم مسألة تعارض بينتي الوليين في الكفاءة، ولقول ابن فتحون: حق الكفاءة في الثيب لها دون وليها.

وحكى ابن أبي زَمَنَيْن عن بعض الموثقين: هي فيها كالبكر لا تسقط بإسقاطها، وأخذ به القاضي أبو الوليد، وناظره أبي في ذلك، والقاضي مع ابن الماجِشُون، وابن القاسم: وبه القضاء.

وفي كونها في الحال والمال أو فيهما، وفي الدين أو في الحال والدين، أو في الدين فقط خامسها: في النسب لا المال.

وللمتيطي مع ابن فتحون عن ابن القاسم: قائلين به الحكم.

وابن الماجِشُون، ورواية ابن فتوح والطرطوشي مع القاضي عن المذهب، وعياض عن مالك وابن عات عن رواية ابن مغيث.

وفيها: إن رضيت بكفؤ في الدين لا في المال وأباه وليها؛ قال: ما سمعت فيه شيئًا إلا قوله: لا بأس بإنكاح الموالي في العرب، وأعظم تفريقهم بين عربية ومولى، وقال: المسلمون بعضهم لبعض أكفاء لقوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: 13].

المتيطي عن ابن سَحنون عن المغيرة: لا يجوز إنكاح المولى عربية، قيل: فإن رضيت ثيب عربية بعبد وأباه وليها؛ قال: لم أسمع منه إلا ما أخبرتك.

المتيطي: أجاز ابن القاسم نكاح العبد العربية، وقال غيره: ليس العبد ومثله كفء لذات المنصب، والقدر للناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا بها.

الشيخ عن المغيرة وسَحنون.

اللخمي: قول المغيرة خلاف قول ابن القاسم.

ابن سعدون وغيره من الموثقين: قول المغيرة وفاق لابن القاسم لقول ابن القاسم فيها: إن رضي الولي بعبد؛ فليس له أن يمتنع منه بعد ذلك إلا أن يأتي منه حدث غير الأول.

وفي نوازل ابن الحاج وتعليقة الطرطوشي: ذكر أصحابنا أن المعتبر في الكفاءة ستة: الحرية، والدين، والنسب، واليسار، والحرفة، والخلو من العيوب الأربعة.

قُلتُ: الأظهر من مطلق العيوب في البكر، وعزا اعتبار السلامة من الأربعة.

ابن فتوح: للقاضي، وقال: ليس من الكفاءة؛ إنما ذلك للمرأة.

قال عن بعض أصحابنا: ليس العجم بأكفاء للعرب، ولا العرب لقريش، ولا قريش لبني هاشم وهم وبنو المطلب أكفاء.

قُلتُ: لقوله ﷺ لعثمان: «**إنما أرى بني هاشم وبني المطلب شيئًا واحدًا**» أخرجه البخاري[1].

ابن الحاج: وأما الصناعة؛ فذو الصناعة الدنية؛ كالحائك والحجام، والخباز والفران، والحمامي وشبهه ليس كفؤًا لمن هي من أهل المروءات والصنائع الجليلة؛ كالتجارة والخياطة، ونحو ذلك.

ابن بشير: الفسق مانع اتفاقًا.

الشيخ عن أَصْبَغ: إن زوج بكرًا أبوها من فاسق لا يؤمن عليها؛ رده الإمام ولو رضيته.

وفيها: لا يزوج قدري، وامتحن التونسي في فتواه لمن تعلقت نفسه بشيعية جميلة بقوله: من تشيعه بتفضيل علي على أبي بكر دون سب له، فليس بكافر، فشنع عليه تقسيمهم لغير كافر.

قال ابن الحاج: ووافق فقهاء عصره على استتابته سدًا للذريعة، وقصته مشهورة.

الشيخ: روى محمد: إن رضيت ثيب بكفء في الدين لا في الحسب، وأباه أبوها؛ زوجها منه السلطان.

---

(1) أخرجه ابن ماجه، رقم: 2881، باب قسمة الخمس.

وعن ابن القاسم: إن رضيت من رضي دينه وعقله دونها في المال والحسب؛ زوجت منه.

وعن ابن حبيب عن ابن القاسم: إن رضيت بكفء في الحال والمال والقدر، وأباه وليها زوجت منه.

زاد ابن شاس عن عبد الملك: على هذا مالك وأصحابه.

اللخمي: تزويج الأب البكر عربية، ولو شريفة من عربي دونها؛ جائز، ومن بربري أو مولى لفقرها وهو مليء؛ جائز، وإن كانت موسرة والعرف معرتها به؛ فلها أو لأبيها منعه وإلا فلا، ويستحب له اجتناب ذي الشلل والأمي وشبهه، ويجب تركه البين جذامه.

الشيخ عن ابن حبيب: وليس على أبي البكر، ولو كانت كبيرة مقال منها، ولا تعقب سلطان، ولو زوجها بأقل من مهر مثلها، أو من ضرير، أو من غائب، أو على ضرة، أو ممن هو أدنى منها حالاً أو مالاً، أو من قبيح، الله أعلم بنيته، ولا يزوجها من مجنون يخاف عليها منه، ولا من أبرص متسلخ، ولا من مجذوم متقطع تغيرت رائحته لا يلزمها نكاح أحد الثلاثة، ويخرج من ولايته، وهو بهذا مسخوط.

المتيطي عن ابن الماجِشُون وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ: إن زوجها عنينًا أو مجبوبًا أو خصيًا نظرًا؛ جاز، وإن لم تعلم؛ فخرجه فضل على عضله إياها.

اللخمي: يرد إنكاحه إياها مجبوبًا إلا ذاهب الأنثيين فقط.

ابن عات: في جبره إياها من عنين روايتا ابن عبد الغفور.

وسَحنون: يمنع من مجنون أو أبرص، أو مجذوم أو أسود أو غير كفء، ولو كانت مجنونة؛ إذ قد تفيق.

اللخمي: إن زوجها ذا كسب حرام، أو كثير الحلف بالطلاق؛ رد نكاحه، ومرميٌّ دون ثبوته تركه أولى، ومن فقير تضيع معه، أو يسعى من وجه يعرها؛ رد نكاحه، وذو مال يذهب عن قرب ولا حرفة.

أَصْبَغ: النظر تركه.

ابن عات: في منعه أم ابنته إنكاحها من عديم قولا المشاور وسَحنون، وفي منعها

مطلقة إنكاحها في غربة مسافة خمسة أيام ونحوها نقلاه عن الداودي وبعض المفتين.

المتيطي عن ابن زياد: ليس على الحاكم أن يسأل شهود الكفاءة من أين علموها.

قُلتُ: هذا إن كانوا من ذوي العلم بها، ولو عارضت بينة كفاءة بينة بنفيها؛ ففي تقديم راجحة العدالة في تفاوتها، والنافية في تساويها مطلقًا، ثالثها: هذا إن بينت ما هو به غير كفء، وإن أجملت، فالمثبتة للمتيطي عن أحكام ابن زياد، وبعض الموثقين وابن جدير عن جماعة من الشُيُوخ.

وفيها: أيجوز أن يزوجها بدون مهر مثلها؟.

قال: قال مالك: يجوز عليها إنكاحه، فأراه بالدون جائزًا إن كان نظرًا أو أتت امرأة مطلقة قالت: لي ابنة موسرة مرغوب فيها؛ أصدقت صداقًا كثيرًا أراد أبوها إنكاحها ابن أخيه معدمًا لا شيء له ألي أن أتكلم؟.

قال: نعم، لك في ذلك متكلم.

ابن القاسم: إنكاحه جائز عليها إلا أن يضر فيمنع، ورويت: لا أرى لك.

ابن حبيب: قول ابن القاسم خلاف.

ورد ابن محرز: قول بعضهم وفاق بحمل قول مالك في مخوف منه أكل مالها وابن القاسم في غيره بأنه يحيل المسألة.

عياض: قول سَحنون: بقول ابن القاسم أقول، ومراده ضرر الجسم لا الفقر يدل على أنه خلاف.

أبو عمران: وفاق، وقول ابن القاسم راجع لما نكاحه بدون المثل محتجًا بمسألة المرأة؛ لأنه أمضاه، والمتكلم أن ينظر، فيمضي صواب فعله ويرد الآخر.

وفيها: النكاح والملك المستقل يبيح الاستمتاع بالحليلة في غير الدبر.

وروى الشيخ: ولا بأس بنظر فرجها حين الجماع.

زاد عن أَصْبَغ: ولحسه إنما يكره من ناحية الطب، يقال: لضعف البصر.

ابن رُشْد: زاد محمد عنه: بلسانه تحقيقًا لإباحة النظر لاعتقاد العوام حرمته، ووطء المباح ووطئها في الدبر.

سمع عيسى رواية ابن القاسم: ما أدركت من يقتدى به يشك فيه حدثني ربيعة

عن سعيد بن يسار عن ابن عمر: لا بأس به، وإباحته ابن القاسم قائلاً: لا آمر به، ولا أحب أن لي ملء هذا المسجد الأعظم وأفعله، وكل من استشارني فيه أمرته بتركه.

ابن رُشْد: روى ابن القاسم: هو حلال أحل من شرب الماء البارد، وعليه قولها: يسقط به الإيلاء، وحرمه ابن وَهْب.

الطرطوشي: روى هو والدارقطني وابن زياد عن مالك: تكذيب من نقله عنه.

ابن شاس: هو كالوطء في إفساد العبادة، وإيجاب الغسل والكفارة والحد، ولا يحل ولا يحصن.

وفي وجوب الصداق به قولان. قلت: الخلاف في الغسل به قد تقدم، وفي الإحصان يأتي، وسمع أَصْبَغ جواب ابن القاسم عن كلام الرجل امرأته حين الجماع: بنعم.

قُلتُ: وأما النقير عند ذلك بجعل القاف خاء معجمة من فوق؛ فقال العُتْبِيّ عن أَصْبَغ: قال ابن القاسم: حدثنا الدراوردي عمن حدثه عن القاسم بن محمد: أنه سئل عن ذلك فقال: إذا خلوتم، فافعلوا ما شئتم.

ابن رُشْد: هو قبيح ليس من أفعال الناس، وترخيص ابن القاسم فيه على معنى أنه غير محرم.

والمعروف جواز العزل: في التمهيد: اتفق علماء الأمصار على جوازه، وكرهه بعض السلف، ونحوه لابن العربي.

ابن عات: روى ابن عبد الغفور كراهته، وشرطه عن الحرة إذنها، وعن الأمة زوجة إذن ربها، وفي شرط إذنها، ولغوه قول الباجي مع الجلاب، ونص الكافي مع ظاهر الموطأ.

اللخمي: إن امتنع حملها لصغر أو كبر أو لحمل بها؛ استقلت بإسقاطه، واستحسن استقلالها؛ لتمام طهرها إن أصابها مرة، وأنزل.

ابن عات عن المشاور: للحرة أخذ عوض عنه لأجل معين، ولها الرجوع متى شاءت برد ما أخذت، وحكى المشاور عن ابن القرطبي: يقضي له على زوجته بأربع في الليلة، وأربع في اليوم كالزوجة مع الضرائر.

الزوجة: الأصل حل نكاح المرأة إلا لمانع.

[باب مانع النسب في النسب]

الأول: النسب، فرعه وأصله، وأقرب فرعه، وأبعد أقربه[1]، والمخلوقة من ماء زان حرام عليه.

وفي تخطئة سَحنون إباحتها ابن الماجِشُون نظر لمن أنصف؛ لتعارض لازم عدم إرثها ودليل قوله ﷺ: **«واحتجبي منه يا سودة»**[2] مع زيادة الراوي لما رأى من شبهه بعتبة.

---

(1) قال الرَّصاع: هذا الرسم أو الضابط يظهر بسطه بعد بسط كلام ابن الحاجب قبله، قال: فالقرابة هي التسع في قوله: حرمت وهي أصوله، الضمير يعود على مفهوم معلوم؛ وهو الشخص أو المولود، ويعني بالأصل الآباء والأمهات؛ لأن ذلك أصل للمولود، وفصوله؛ يعني الأولاد، وإن وقع انسفال، وفصول أول أصوله؛ يعني الأخوة من أي جهة، وأول فصل من كل أصل؛ يعني العمات والخالات، وأما أولادهن؛ فيجوز تزويجهن لقوله: أول فصل، وذلك كله جمع لما في الآية في قوله: ﴿أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾ [الأحزاب: 4] الآية، فيدخل فيه الجد؛ لأن ذلك من الأصول، وكذلك الجدات من أي جهة، والبنات في قوله: وفصوله كذلك، والأخوات في قوله: وفصول أول الأصول، وقوله: وعماتكم وخالاتكم في قوله: وأول فصل من كل أصل؛ فهو كلام حسن بديع من ابن الحاجب، ولما جرت عادة الشيخ الإمام شيخ الإسلام على المحافظة على قوة الاختصار، وتحفظًا من الانتشار مع الجمع البديع والرسم المنيع عدل إلى قوله: فرعه إلخ؛ الضمير يعود على ما تقدم، والفرع هو الفصل، وحسن ذلك من الشيخ؛ لأن الأصل يقابله الفرع، ولم يجمع كما جمع ابن الحاجب؛ لأنه أخصر والمراد بالفرع ما يتفرع عن الشخص؛ لأنه مفرد مضاف، فيعم مطلقًا، وأصله الأب والأم، فما علا، (فإن قلت): هلا قدم الأصل؛ لأنه مقدم في الوجود على الفرع كما ذكر ابن الحاجب.

(قُلتُ): ليعود الضمير عليه بالقرب في قوله: وأقرب فرعه؛ أي: فرع الأصل، وذلك ليدخل فيه الأخوات من أي جهة؛ لأنه يصدق في ذلك أنهن أقرب فرع الأصل، ويدخل في ذلك العمات والخالات؛ لأنهن يصدق فيهن أنهن أقرب فرع الأصل.

قوله: (وأبعد) أي: أبعد أقرب فرع الأصل، وزاد ذلك؛ ليدخل في ذلك بنات الأخ وبنات الأخت، وإن سفلن، والضمير في أقربه المضاف إليه يعود على فرعه المتقدم الذي ضميره يعود على الأصل، فصح تفسيره كما ذكرناه، وظهر سر اختصاره لألفاظ ابن الحاجب؛ لأن كلامه أوجز وأخصر، وإن كان لفظ ابن الحاجب أبسط وأظهر، وحذف منه من أحرفه قريبًا من نصفه؛ فلله دره من إمام أحيا الله به قواعد رسوم الإسلام والحقائق الشرعية التي حققها سيد الأنام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام، والله الموفق.

(2) أخرجه البخاري: 12 / 113 في الحدود، باب للعاهر الحجر، وفي الفرائض، باب الولد للفراش، ومسلم رقم (1458) في الرضاع، باب «الولد للفراش».

[باب مانع الصهر]

الثاني: الصهر: زوجة أصله أو فرعه، ومن لها على زوجته ولادة، وفرع زوجة مسها، وإن لم تكن في حجره[1].

ابن رُشْد: بنت امرأة أبيه من غيره قبله حل له إجماعًا، وبعده في حلها وحرمتها ثالثها: تكره لرواية عيسى عن ابن القاسم مع مالك والكافة وسماع أبي زيد، ابن القاسم، ونقل ابن حبيب عن طاوس: والوطء بملك أو شبهة كوطء بنكاح في أمهات الأولاد منها إن وطئ أب أم ولد ابنه غرم له قيمتها على أنها أم ولد، وعتقت على الابن؛ لأن الولاء ثبت له، وإنما عتقت؛ لأنها حرمت عليهما.

والتحريم بقول أب أو ابن.

قال اللخمي: إن عرف ملكه؛ حرمت بقوله، ولو بعد خروجها من ملكه أصبتها.

---

(1) قال الرَّصاع: هكذا في نسخة، ورأيت نسخة عن الشيخ جعل فيها عوض قوله: ومن لها على زوجه ولادة لفظ قوله: وأصل زوجه ويظهر معناه بعد، ولما كانت موانع المصاهرة أربعًا في الآية جمع ذلك في أربع كلمات الأولى رسم لقوله: ولا تنكحوا الآية، فقال: زوجة أصله؛ أي: زوجة الأب، وعبر بالأصل؛ ليدخل الأقرب والأبعد في الأبوة من جهة الأم أو الأب، والثاني قوله: وفرعه عطفه على الأصل؛ أي: وفرع أصله، وذلك راجع لحلائل الأبناء مثل الصنف الذي قبله؛ ولذا عبر بالفرع والثالث قوله: (ومن لها على زوجه ولادة)؛ راجع لقوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: 23]، وذلك عام في جهة أمها أو أبيها هذا على هذه النسخة، وأما على نسخة: وأصل زوجه؛ فمعناه ذلك وهو أخصر؛ ولذا رجع إليه، والرابع قوله: (وفرع زوجة مسها)، وهو راجع لقوله: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾ [النساء: 23] الآية، وعبر بالفرع ليشمل، ويعم الابن والبنت، وإن سفل، وإذا وازنت بين كلامه وكلام ابن الحاجب علمت حسن اختصاره للفظه وعدوله عن أسلوبه.

(فإن قلت): يطلق على المرأة الزوج والزوجة والزوج أخصر، فما باله عبر تارة بالزوجة في رسومه وتارة بالزوج.

(قُلتُ): لم يظهر لي قوة سر، ولو أتى بزوج في الجميع؛ لصح، (فإن قلت): ابن الحاجب زاد في تحريم المصاهرة من نسب أو رضاع.

(قُلتُ): زيادة بيان؛ لأنه علم من الشرع أن الرضاع كالنسب، (فإن قلت): لأي شيء زاد ذكر هذه الزيادة بقوله: وإن لم تكن في حجره.

(قُلتُ): لما وقعت ظواهر تدل على مراعاة المفهوم في الآية زاد ذلك بيانًا.

فإن قال: لم أصب؛ لم تحرم ولو غاب،ولو غاب أو مات دون قول، ففي حرمتها مطلقًا، أو إن كانت عليه نقل الباجي مع اللخمي عن ابن حبيب واختياره.

قال: ولو جهل ملكه، وقال: بعد ملكها أبوه أو ابنه: أصبتها بملك، فإن وثق به، ولم يتهم؛ منعا منها وإلا فلا، ولو قال: كنت تزوجت من تزوجها ابنه، ففارقها لقوله: غرم نصف المهر، وتحلف الزوجة إن كان الأب ثقة.

قُلتُ: الأظهر حلفها مطلقًا إن ادعى الابن عليهما حقية قول أبيه: إن ثبت تقدم علمها أنه ابنه قبل نكاحها إياه.

قال: ولو شهد معه عدل والأب عدل؛ قضي بالفراق.

وفي سقوط نصف المهر نظر؛ لاعتبار تهمة الأب فيه، ولغوها؛ لإعمال شهادته في الفسخ، وشهادة العدل معه تضعف تهمته.

قُلتُ: وحلفه مع الأجنبي يتخرج على الحلف مع الشاهد فيما ليس بما يئول إليه.

وفيها: لو اشترى أمة، أو أراد شراءها أو خطب امرأة، فقال أبوه: وطئتها بملك، ونكحت المرأة وكذبه ابنه.

قال: قال مالك: لا تجوز شهادة امرأة أو امرأتين في الرضاع إلا أن يكون فاشيًا، وأحب تنزهه عنها.

ابن القاسم: شهادة الأب كالمرأة لا تقبل إلا أن يكون قوله قبل ذلك فاشيًا، وأرى أن يتنزه عنها بلا قضاء.

أبو عمران: التنزه في عدم الفشو وفيه أقوى.

عياض: وقيل: يقضى في الفشو بالحرمة، واختصارها البراذعي بلفظها؛ لضعف قياسها بفرق احتمال تهمة الأب على بقاء حلها له.

اللخمي والباجي: روى محمد: المباشرة والمس ولو للعورة لمرض دون لذة لغو وللذة من بالغ كوطء.

اللخمي: في لغو وطء الصغير، وإيجاب قبلته، ومباشرته الحرمة إن بلغ أن يلتذ بالجارية رواية محمد وقول ابن حبيب.

وخص ابن بشير القولين بالمس ونحوه، وشاذ قول ابن الحاجب، والمشهور أن

اللذة بالقبلة والمباشرة كالوطء لا أعرفه.

اللخمي: التلذذ بالنظر محرم.

زاد أبو عمر في روايته: ولو إلى شعرها.

الباجي: نظر الشراء لغو، وبعد الملك.

قال ابن حبيب: نظر الشهوة للمحاسن يحرم.

زاد محمد في روايته: وكذا إلى معصمها أو ساقها تلذذًا.

ابن القُصَّار: ونظره للفرج أو غيره لغو، وعزاه ابن رُشْد لابن شعبان.

قال: وروى ابن وَهْب: إيجابه للكراهة.

ابن بشير: النظر للوجه لغو اتفاقًا، ولغيره المشهور يحرم؛ لأنه يثمر اللذة والشاذ قياسه على الوجه في وطء الملك، ومباشرته كالنكاح، وفي كون وطء الزنا ولو بمحرم يحرم ثالثها: الكراهة لسماع أبي زيد ابن القاسم مع رواية ابن حبيب قائلًا: عليها مات، والموطأ، وعليه أصحابه، ورواية محمد معها واختصارها البراذعي على التحريم متعقب.

عياض: على الكراهة حملها الأكثر، وقيل: ما في استبرائها على التحريم، وعلى لغوه في الحرمة بوطء الغلط، ثالثها: الوقف للخمي عن أبي عمران مع الشيخين أبي الحسن وأبي بكر وسَحنون، وبعض أهل العلم.

قال: واختلف فيها.

قول الشيخ: ونزلت بابن التبان، ففارق زوجته، وفي حرمة الأم بمس ابنتها تلذذًا غلطًا طريقان:

اللخمي وأبو عمران والباجي: كوطئها.

ابن شاس: وعلى التحريم بوطء الغلط في الأجنبيات بالمس غلطًا قولا الأكثر أبي الحسن، وأبي عمران، وابن عبد الرحمن، والتونسي، وأبي حفص العطار، والسيوري، وعبد الحميد، وابن شعبان، وأخذ به ابن التبان حين نزلت به، وقول أبي القاسم الطابثي، وابن أخي هشام، وابن شبلون، ومقتضى قول سَحنون، وأحد قولي الشيخ والمازري وألف فيها.

قُلتُ: وابن رُشْد، وأكثر ذوي الأول: أنه اتفاق لا كالزنا، وبعضهم يختلف فيه كالزنا، ووهمهم عبد الحميد.

وفي كون الاجتناب على التحريم والحكم بالفراق أو على الاستحباب لا الحكم قولا أكثرهم، والقابسي مع أبي عمران، وأبي الطيب عبد المنعم.

المازري: وطء المكره على حده؛ كالزنا، وعلى عذره؛ كغلط، وشرط حرمة الصهر صحة نكاحه، وفي كون المختلف فيه كذلك، أو يتبع فسخه بطلاق والإرث فيه، ثالثها: كصحته للمشهور وابن حبيب مع ابن رُشْد عن ابن القاسم مرة، واختيار اللخمي قائلاً: إلا أن يحرم احتياطًا، وأجبت فيمن زوج ابنة أخيه يتيمة من أربعة أعوام ابن ابنه صغيرًا، ثم مات بحرمتها على أبيه، وجواب بعضهم يقيد كونها مميزة يرد بنقل ابن رُشْد الخلاف في إنكاح اليتيمة صغيرة في رسم شك من سماع ابن القاسم، ورسم لم يدرك من سماع عيسى ابن القاسم، وسماعه إياه في رسم: إن خرجت توارثهما، وسماع القرينين: وقف مالك فيه، ونقله إجازته بعض الناس، ونحو ذلك لابن المنذر مطلقًا للجمع في الصغيرة، ونقل ابن المنذر: الجد كالأب في إنكاح الصغيرة، فأحرى الصغير، وفي المجمع عليه طريقان:

ابن بشير: المشهور لغوه.

اللخمي: اختلف في بعض صوره حرم.

سَحنون: الأم بعقده على بنتها معها للغير.

فيها: من نكح على أم ابنتها قبل بنائها؛ لم يجز لابنه نكاحها، ويمنع ابتداءً؛ يريد: لا يفسخ إن نزل، وإلا فسخ نكاح الأم.

ابن رُشْد: قيل: يفسخ.

الباجي عن ابن الماجِشُون: ما حرم بالكتاب أو السنة؛ كخامسة أو معتدة، والمرأة على أختها أو خالتها لغو، فعزو ابن عبد السلام شاذ قول ابن الحاجب (ما درئ فيه الحد المشهور لغوه) لابن الماجِشُون خلاف نقل الباجي عنه، ووطء ذات المختلف فيه يصيره كصحيح، وسمع أبو زيد ابن القاسم: وطء الميتة بنكاح، وتقبيلها كالحية.

ابن رُشْد: مقتضى النظر لغوه، كما لا يحصن، ولا يكمل صداقًا، ووطء ذات العقد

المحرم بالكتاب إن حد به كزنى، وإلا فقال الصقلي: يحرم اتفاقًا.

ابن رُشْد: الصحيح عدم تحريمه.

وإن تزوج أمًا وابنتها معًا؛ فسخ أبدًا.

قُلتُ: ولو كانت الأم ذات زوج.

اللخمي: إن كانتها؛ صح على البنت؛ لأنه حرام وحلال لمالكين، والمبني بها؛ تحرم الأخرى.

ابن القاسم: وله نكاح من لم يبن بصاحبتها بعد استبرائها إن بنى.

ابن القاسم: مطلقًا وحرم غيره.

وسَحنون: الأم مطلقًا بعقد البنت، ولمن بنى بها مهرها.

ابن رُشْد: إن بنى بواحدة، وجهلت وادعتاها؛ صدق الزوج في تعيينها لغرم مهرها، فإن مات دون تعيين، فأقل المهرين من تركته بينهما بعد أيمانهما، ولا إرث في الجميع، ولو ترتبا ولا بناء؛ فسخ الثاني أبدًا، وصح الأول مطلقًا، وتخريج ابن رُشْد تحريم الأم إن كانت الأولى على قول سَحنون يرد بضعف عقد البنت؛ لقوة مانعه بتقدم صحته، ولو جهلت الأولى؛ حرمت الأم، وفسخ نكاح البنت بطلاق، فإن لم تدع إحداهما علمه أنها الأولى؛ ففي كون الواجب لكل واحدة نصف مهرها أو ربعه ثالثها: لكل واحدة ربع أقل المهرين لنقلي ابن رُشْد واختياره.

قُلتُ: عزا ابن محرز الأول لأَصْبَغ وأشهب في الموازيَّة، واختيار ابن رُشْد: نصف أقل المهرين بينهما خلاف ما يأتي له في مثله.

قال: ولو ادعتا علمه وأنكر، فإن حلف وحلفت كل واحدة أنها الأولى، فنصف أكثر المهرين بينهما على مهريهما، فإن نكلتا؛ فنصف أقلهما عليهما، فإن نكلت إحداهما؛ سقطت، وللحالفة نصف مهرها، فلو نكل وحلفتا؛ فلكل واحدة نصف مهرها، فإن نكلتا معًا أو إحداهما، فكما مر، ولو أقر لإحداهما؛ حلف للأخرى، وسقط مهرها، فإن نكل وحلفتا؛ فكما مر.

ابن رُشْد: فإن حلفت إحداهما؛ فلها نصف مهرها، وسقطت الناكلة لاستحقاق الحالفة نصف المهر.

قُلتُ: في سقوطها إن طلق المقر لها نظر، ولو مات والأولى مجهولة؛ فالإرث بينهما بعد أيمانهما، وعليهما عدة الوفاة.

ابن القاسم: ولكل واحدة نصف مهرها.

ابن رُشْد: الصواب: أقل المهرين على مهريهما بعد أيمانهما.

قُلتُ: هذا خلاف متقدم اختياره لكل واحدة ربع أقل المهرين، وانظر هل يتخرج على أن لكل واحدة نصف مهرها في المسألة الأولى أن يكون لكل واحدة صداقها؛ لأنه مقتضى قوليهما فيهما، أو يفرق بأنه في الأولى قادر على تكذيبهما بحلفه، فنكوله إقرار، والميت لا يتصور نكوله؛ لكن قوله في مسألة الأختين: يدخل بإحداهما، ويموت عنهما، والمدخول بها مجهولة لكل واحدة صداقها يتمم التخريج، ولو بنى بهما؛ حرمتا ولا إرث، وعليهما الاستبراء، فإن بنى بالأولى؛ حرمت الثانية، وثبتت الأولى اتفاقًا إن كانت البنت، وإلا فعلى الخلاف، وإن بنى بالثانية؛ حرمتا إن كانت الأم، وإلا فسخا، وله نكاح البنت بعد الاستبراء ولا إرث، وفي ثبوت نصف مهر الأولى ثالثها: إن تعمد لعلمه بالحرمة للصقلي عن رواية السليمانية وعبد الملك وأبي عمران.

ابن بشير: الأول المشهور.

وفيها: ولا مهر لها، وإن كان الفسخ من قبله؛ لأنه لم يتعمد، وأخذ ابن عبد السلام نفيه - وإن تعمد - من قولها: إن أرضعت كبيرة بعد بنائها ضرتها حرمن، ولا مهر للصغيرة إن تعمدت الكبيرة ذلك يرد بتهمة الزوج على إرادة إسقاط ما يوجبه طلاقه، ولو بنى بمعينة جهلت أوليتها، فعليها في موته أقصى الأجلين، وفي سقوط الإرث، وأخذها نصفه قولا محمد وابن حبيب، فإن كانت الأم؛ حرمتا، وإلا حرمت وله تزويج البنت بعد الاستبراء، ولمن بنى بها مهرها في الجميع، ولو جهل من بنى بها، وأوليتها؛ حرمتا، فإن أقر بأولية إحداهما، فكما مر قبل البناء والمهر كالنصف.

سَحنون: لو مات؛ فلكل واحدة نصف مهرها.

ابن رُشْد: الصواب أقل المهرين على مهريهما بعد أيمانهما، وعليهما أقصى الأجلين، وكون نصف الإرث بينهما، وسقوطه على ما مر.

وفيها: يحد بوطئه المحرمة منهما إن لم يعذر بجهل، ولو ملكهما؛ وطئ أيتهما شاء،

فتحرم الأخرى، ولو جمعهما ملك ونكاح؛ حرم وطء المملوكة، فإن بنى بالزوجة أو كانت البنت؛ حرمت الأخرى أبدًا.

والمعتدة من غير طلاق رجعي في حرمتها بالعقد عليها، أو بالبناء بها مطلقًا ثالثها: به في العدة، ورابعها: لا تحرم بحال للخمي عن رواية الجلاب وروايتي غيره وابن نافع، ولم يعز الصقلي وابن رُشْد الأول إلا لحكاية القاضي.

قال ابن رُشْد: ولو... قائله.

قُلتُ: وعزاه الباجي لروايته.

ابن حارث: وطء المعتدة بنكاح يحرمها اتفاقًا.

قال: وسمع عيسى ابن القاسم في المتزوج في العدة المصيب بعدها: يؤمر أن لا ينكحها أبدًا، ولا يقضى بذلك عليه.

اللخمي: في كون قبلتها، ومباشرتها في العدة محرمًا قول ابن القاسم مرة مع قول محمد: لو تقاررا على عدم المسيس بعد إرخاء الستر؛ حرمت عليه أبدًا، وقول ابن القاسم مرة: أحب أن لا ينكحها من غير قضاء.

ابن رُشْد: قولان لها ولسماع عيسى ابن القاسم: لا تحرم به؛ لأن في الوطء خلافًا.

قُلتُ: هو لفظ المقدمات، وظاهره: ولا كراهة، وهو في سماع أَصْبَغ كما نقل اللخمي أحب إلى آخره.

زاد ابن رُشْد في سماع القرينين: لا تحرم القبلة والمباشرة بعد العدة اتفاقًا، وفي كون وطء مستبرأة بنكاح أو معتدة بملك محرمًا ثالثها: في المعتدة لنقل اللخمي عن المذهب، وعن قول سَحنون روى: أنه ليس كتزويج في العدة واختياره.

ابن رُشْد: الوطء بنكاح أو بملك أو شبهتهما في عدة نكاح أو شبهته يحرم، والوطء بملك، أو شبهته في عدة غير نكاح كعدة أم الولد لوفاة ربها أو عتقها أو استبراء الأمة لبيع أو موت أو هبة، أو عتق أو اغتصاب، أو زنى؛ لا يحرم اتفاقًا فيهما، وفي التحريم بالوطء بنكاح أو شبهته في عدة غير نكاح، وما بعده اختلاف أخفه تحريمًا النكاح في استبراء الأمة من زنيو ثم من اغتصاب، ثم من البيع والهبة والموت، ثم من العتق، ثم في عتق أم الولد، ثم في موت ربها؛ لأنه عدة عند مالك، ثم في استبراء الحرة،

ثم من زنا، ثم من اغتصاب.

اللخمي: إن وطئها في عدة من زنا؛ فقيل: تحرم، وقيل: لا، ثم رجع ابن القاسم فقال: إن كانت حاملًا حرم وإلا فلا، واختار ابن رُشْد عكسه.

اللخمي: وقال أَصْبَغ: لا أحب أن يتزوجها، وإن لم تكن حاملاً.

ابن رُشْد: وفي التحريم بوطء نصرانية في عدة وفاة نصراني أو طلاقه خلاف؛ لأنها استبراء؛ إذ لا عدة عليها لموته قبل بنائه، وعليها فيه بعد بنائه ثلاث حيض، وكان يقول: عليها فيه حيضة واحدة، ووطؤها في عدة لموت مسلم، أو طلاقه كمسلمة، وعلى قول مالك: لا عدة عليها لموته قبل بنائه، وعليها له بعده ثلاث حيض يكون استبراءً، فيختلف في التحريم به، واختلف في التحريم بوطئه بنكاح في استبراء فسخ نكاحه إياها نكاحًا لا يقر، وفي عدة من طلاقه إياها ثلاثًا قبل زوج، فعلى تعليل التحريم بالتعجيل مع اختلاط الأنساب؛ لا يحرم، وعلى تعليله بمجرد التعجيل؛ يحرم.

قُلتُ: ظاهره أن لا نص فيهما.

وللباجي: من تزوج مبتوتة في عدتها منه.

روى ابن حبيب عن ابن نافع: تحرم عليه كالأجنبي.

قُلتُ: وحكاه ابن حارث عنه.

الباجي عن محمد: روى أشهب: من صالح امرأته على أنها إن طلبت ما أعطته؛ فهي امرأته، فطلبت ذلك، فرده لها وراجعها، وأصابها؛ فرق بينهما، وحرمت عليه أبدًا.

محمد: قال غير واحد من أصحاب مالك: لا يحرم.

ابن حبيب عن ابن القاسم وأصحاب مالك: تحل له بعد العدة.

وقال ابن رُشْد: والوطء بزنى في عدة أو استبراء، أو بنكاح أمة ربها يطأها، أو أم ولد قبل استبرائها لا تحرم اتفاقًا فيهما.

وفيها: لغير ابن القاسم: الوطء بنكاح في حيضة أم ولد من وفاة ربها أو عتقها أو في حيضة أمة أعتقها ربها، وكان يصيبها كوطء في عدة، وروي عن مالك في عتق أم الولد: أنها ليست كمتزوجة في عدة.

عياض: كذا لابن المرابط وعند ابن عتاب.

وروي: أنها ليست كمتزوجة في عدة.

عياض: لم يذكر أم الولد، وسقط عند ابن عتاب لابن وضاح لفظ عن مالك، وأبهم الرواية، فحملها أكثر المختصرين على أن الخلاف في أم الولد فقط على نص كتاب ابن الطلاع، وعليه اختصرها ابن أبي زَمَنَيْن، وحمل بعضهم الخلاف في عموم طرو النكاح على استبراء الملك، أو وطء الملك على النكاح، وقاله اللخمي، وعليه اختصر الشيخ.

قُلتُ: يريد: أن من قصر الخلاف على أم الولد يقول في غيرها: لا تحريم؛ لأنه فيها أشد، وقوله: في عموم طرو النكاح على استبراء الملك، أو وطء الملك على النكاح خلاف قول ابن رُشْد في سماع ابن القاسم تأبيد حرمة الأمة بوطء ربها إياها في عدتها من زوج اتفاقًا.

وفي كون المعتدة من طلاق رجعي كمعتدة من بائن، أو ذات زوج؛ لا يوجب وطئها بنكاح تحريمًا ثالثها: إن لم تراجع لابن رُشْد عن الغير فيها ولقوله؛ قيل: مذهب ابن القاسم: أنها كذات زوج لثبوت أحكامها من إرث ونفقة، وشبهها لها، وأراه في الأسدية، ولقوله: يحتمل ثالثًا كقول ابن ميسر في نصرانية أسلمت تحت نصراني تزوجت في عدتها منه إن أسلم زوجها؛ لم تكن ناكحة في عدة وإلا كانتها.

قُلتُ: يفرق بأن إسلامه كشف دوام عصمته دون ثلم طلاق، فبان كون ناكحها؛ نكح ذات زوج، ولعله لهذا قال: يحتمل.

قال: ولا يكون هو إن راجعها في بقية عدتها بعد أن فرق بينها، وبين الذي تزوجها وقبل الاستبراء ناكحًا في عدة.

قُلتُ: لأن الرجعة ليست نكاحًا؛ لصحتها من المحرم والعبد دون إذن ربه ونحوهما، وظاهره: لو وطئها بعد ارتجاعه قبل انقضاء عدة الثاني؛ لم تحرم، ويأتي لأبي حفص غيره، ولابن حارث عن الواضحة والموازيَّة عن ابن الماجِشُون في مسألة ابن ميسر هو ناكح في عدة مطلقًا.

قُلتُ: لمطلقها الرجعة قبل فسخ نكاح متزوجها في عدتها منه، فإن ارتجعها؛ فلا

يقربها إن بنى بها الثاني إلا بعد ثلاث حيض، أو وضع حمل.

أبو حفص: إن وطئها في الاستبراء كان مصيبًا في عدة اتفاقًا؛ لأنهما ماءان لرجلين من نكاح دخل أحدهما على الآخر.

قُلتُ: نقل اللخمي عن المذهب: أنها لا تحرم عليه.

قال: لأنها زوجته.

أبو حفص: إنما الخلاف في دخول ملك على نكاح وعكسه كشراء أمة في عدة نكاح وطئها مشتريها.

فيها: ونكاح أم ولد في استبرائها؛ لعتقها أو موت ربها.

قال: وفي التحريم بدخول ماء فاسد على ماء فاسد أو صحيح من رجل واحد قولان؛ كنكاح محرم فسخ بعد بنائه، فتزوجها في عدتها منه بعد إحلاله وبنى.

فيها: وناكح أمة بغير إذن ربها؛ فسخ نكاحه بعد بنائه، فتزوجها في عدتها منه، وبنى فيها.

وتفسير ابن عبد السلام قول ابن الحاجب: فإن وطئها بملك؛ فقولان: كالأمة تطلق، أو يموت زوجها، فيطؤها ربها أو مشتريها منه في عدتها موافق لما تقدم من نقل عياض خلاف ما تقدم من قول.

ابن رُشْد: تحرم على ربها بوطئه إياها في عدتها اتفاقًا.

وصريح خطبة المعتدة حرام.

أبو عمر: إجماعًا، والتعريض بها جائز.

في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه: أنه كان يقول: التعريض: قول الرجل للمرأة في عدتها: إنك علي لكريمة، وإني فيك لراغب، وإن الله لسائق إليك خيرًا ورزقًا ونحوه(1).

وفيها: عن ابن شهاب: وإني بك لمعجب ولك محب.

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 3/748، باب ما جاء في الخطبة، رقم: 1912.

اللخمي: قال في الموازيَّة: وإني لأرجو أن أتزوجك.

أبو عمر: قول مجاهد: يكره قوله: لا تفوتيني بنفسك، وإني عليك لحريص؛ يرد برواية ابن أبي شيبة أنه ﷺ قال لأم شريك: **«لا تفوتيني بنفسك»**[1].

قُلتُ: لعله إنما كرهه مع ما عطف عليه.

الباجي عن إسماعيل: إنما يعرض بالخطبة؛ ليفهم مراده لا ليجاب.

وفي المقدمات: يجوز التعريض من كل منهما للآخر معًا.

وروى ابن حبيب: لا بأس أن يهدي لها، ولا أحب أن يفتى به إلا من تحجزه التقوى عما وراءه.

وذكره اللخمي دون زيادة: لا أحب.

وفي المواعدة: قال ابن رُشْد: أن يعد كل منهما صاحبه؛ لأنها مفاعلة لا تكون إلا من اثنين، تكره في العدة ابتداءً إجماعًا.

ابن حبيب: لا يجوز.

وظاهر قول اللخمي: النكاح والمواعدة في العدة ممنوعان حرمتها، وروايتها الكراهة.

ابن رُشْد: والعدة أن يعد أحدهما صاحبه بالتزويج دون أن يعده الآخر، وتكره اتفاقًا خوف أن يخلف الواعد وعده.

الباجي عن ابن حبيب: لا يجوز أن يواعد وليها دون علمها، وإن كانت تملك أمرها.

وفي تعليقة أبي حفص ما نصه: ومن العزيمة مواعدة الولي التي كرهها في الكتاب هو الذي يعقد عليها، وإن كرهت ليس الذي لا يزوجها إلا برضاها.

ولابن رُشْد: إن واعد وليها بغير علمها، وهي مالكة أمر نفسها؛ فهو وعد لا مواعدة قد ينفسخ النكاح، ولا يقع به تحريم إجماعًا.

قُلتُ: فيها: كره مالك مواعدة الرجل للرجل في تزويج وليته، أو أمته في عدة

---

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، رقم: 16836.

طلاق، أو وفاة؛ فظاهرها كابن حبيب، فلو واعد في العدة ونكح بعدها؛ ففي استحباب فسخه مع عدم حرمتها، وفسخه بغير قضاء أو به، رابعها: وتحرم عليه، للخمي عن ابن القاسم فيها، وابن الماجِشُون مرة، وقوله: أخرى، ومحمد عن أشهب، وعزا ابن حارث الأول لرواية ابن حبيب، والأخير لعبد الملك.

قال ابن حارث: لا أدري عبد الملك بن حبيب أو ابن الماجِشُون؟.

ابن حارث: وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب النكاح: إن كانت مواعدة شبيهة بالإيجاب فارقها بطلقة، ولا ينكحها أبدًا، وإن كانت شبيهة بالتعريض؛ ثبت نكاحه، وسمعه في طلاق السنة: إن ثبت أنه واعد فيها فرق بينهما بطلقة، فإن مسها نهيته عن نكاحها أبدًا دون قضاء.

يحيى بن عمر: قال ابن القاسم مرة: يفرق بينهما بقضاء ومرة: دونه.

ابن رُشْد: في فسخه روايتا أشهب وابن وَهْب.

فيها: وسبي الزوجة وزوجها غير مسلم، ولا مؤمن في هدمه نكاحها، وإباحته فسخه مطلقًا فيها ثالثها: إن سبيت قبله، ورابعها: لغوه مطلقًا.

لابن رُشْد عن ابن القاسم مع أشهب فيها وابن حبيب لقوله: يفسخ نكاحهما إلا أن يسلم أحدهما، أو يقرا على نكاحهما، وعليه سماع عيسى ابن القاسم في التجارة بأرض الحرب في الإمام يتبع الشيء على أن هذا زوج هذه: أنه ليس للمشتري أن يفرق بينهما.

وعن ابن بكير ومحمد: وعزا الطرطوشي الرابع لرواية واللخمي، الثالث لرواية ابن بكير.

ابن بشير: اختلف هل قول ابن القاسم كمحمد أو كأشهب؟.

ابن محرز: ولو سبيت بعد قدومه بأمان وإسلامه وأسلمت ولم تعتق؛ احتمل فسخ نكاحها؛ لأن شرط نكاح الأمة عدم الطول، وخوف العنت، والأرجح عدم فسخه كمتزوج أمة بشرطها، ثم وجد طولاً لا يفسخ نكاحه.

قُلتُ: ما جعله أرجح هو نص قولها: لو أسلم الزوج بدار الحرب، وأقام أو قدم، أو أتى بأمان، فأسلم، ثم سبيت؛ بقيت زوجة إن أسلمت، وإلا فرق بينهما؛ إذ لا تنكح

أمة كتابية.

بعض شُيُوخ عبد الحق: إن قدمت بأمان فأسلمت أو لم تسلم، ثم سبي زوجها، فنكاحها باق، وتخير فيه لرقه، وكذا إن سبي، ثم قدمت بأمان، وإن لم تسلم إن أسلم في عدتها.

ابن محرز عن ابن عبد الرحمن: قول محمد: الزوج المسبي أحق بزوجته المسبية ما لم يطأها ربها بعد استبرائها هو دليل تشبيهها ابن القاسم بالأمة يطؤها ربها بعد انقضاء عدتها ورجعة زوجها إياها قبل انقضاء عدتها لا سبيل لزوجها إليها، وقبله ابن بشير، ويرد بأن نصها: أرأيت إن سبي الزوج، ثم سبيت أينهدم النكاح في قول مالك؟.

قال: ما سمعت فيه شيئًا، وأرى السبي يفسخ النكاح.

قال مالك: من طلق زوجته الأمة، ثم سافر، وارتجعها في سفره، فوطئها ربها بعد انقضاء عدتها، وجهل رجعتها، فأثبتها زوجها ببينة لا سبيل له عليها؛ لأن وطء الملك كالنكاح.

قُلتُ: فجعل المشبه بوطء ربها - في إبطاله حق زوجها - السبي في إيجابه؛ فسخ النكاح، فكيف يؤخذ منه قول محمد بلغوه.

ومال المستأمن، وولده بدار الحرب يسبى، تقدم في الجهاد.

[باب في تحريم الجمع في النكاح بين المرأتين]

ويحرم الجمع بالنكاح، ولو في عقدين بين كل فرع، وأصله أو أقرب فرعه، ولو برضاع(*) كالمرأة وأمها وجدتها، ولو علت، وابنتها ولو سفلت، وأختها، ولو من أم

(*) قال الرَّصاع: هذا بالحقيقة؛ إنما هو قاعدة كلية، وهي أيضًا يطلب فيها الجمع كالرسوم، ولم نتعرض لأكثر ضوابط الشيخ؛ لأنها تحتاج إلى جمع يخصها، ولكن هذا والذي قبله احتجنا إليه للحاجة إليه في كثير من هذا الباب، ويظهر هذا أيضًا بعد بسط كلام ابن الحاجب في ذلك وغيره.

(قال): ضابطه كل امرأتين بينهما من القرابة والرضاع ما يمنع نكاحهما لو كانت إحداهما ذكرًا، وزيد من القرابة لأجل المرأة مع أم زوجها ومع ابنته؛ معنى ما أشار إليه أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وأمها؛ لأن الضابط المذكور دل على تحريم ذلك؛ لأنا إن قدرنا إحداهما ذكرًا والأخرى أنثى لمنع ذلك؛ لأنها ابنته،

وابنة أبيها أو جدها أو جدتها ولو بعدا.

وفيها: الرضاع في هذا كالنسب.

ابن الحاجب وغيره: قبله وبعده.

ضابطه: كل امرأتين بينهما من القرابة أو الرضاع ما يمنع نكاحهما لو كانت إحداهما ذكرًا، وزيد من القرابة لأجل المرأة مع أم زوجها ومع ابنته.

وما جمع منهما في عقد فسخ فيهما؛ لا مهر إن لم يبن، ولمن بنى بها؛ مهرها.

ابن رُشْد: هذا مع عدم العلم بالتحريم، فإن علم؛ ففي كونه كمحض زنى في هذا الأصل قولان، وعليهما نفي الصداق وثبوته، وما في عقدين علم أولهما يثبت الأول، ويفسخ الثاني في غير الأم وابنتها اتفاقًا، وفيهما تقدم حكمه.

ابن بشير: والمهر في الثانية كما مر في الأولى، وإن جهلت أولاهما، ولا تعيين من الزوج ولا منهما فسخ فيهما.

قُلتُ: والمهر كما لو كانا في عقد واحد، فإن عين الزوج أولاهما، فقال اللخمي عن

وكذلك المرأة مع الجدة، ولو علت، وكذلك المرأة مع ابنتها، ولو سفلت ومع أختها؛ لأنها أخت للذكر، وكذلك المرأة مع ابنة أبيها أو جدتها أو جدها، ولو بعد ذلك، وزاد الشيخ ابن الحاجب: مع القرابة؛ ليصح طرده، ويخرج عنه ما ليس بمقصود، وهي الصورة التي ذكرها.

وقال الشيخ ﷺ في ضابط ذلك في تحريم الجمع في النكاح: يحرم الجمع بين كل فرع وأصله، أو أقرب فرعه، ولو برضاع، فقوله: (بين كل فرع وأصله) كالبنت مع أمها؛ لأن البنت فرع وأمها أصل، وكذلك لو علا ذلك، وكذلك المرأة مع ابنتها ولو سفلت، فهذا داخل في قوله: بين كل فرع وأصله.

وقوله: (أو أقرب فرعه)؛ الضمير المضاف إليه يعود إلى الأصل؛ معناه: يحرم الجمع بين كل فرع، وأقرب وذلك صادق في المرأة مع الأخت مطلقًا من أي جهة كانت، وكذلك ابنة أبيها وجدها أو جدتها، وكذلك قال الشيخ: بعد تمام جده كالمرأة وأمها وجدتها ولو علت، وابنتها ولو سفلت، وأختها ولو من أم، وابنة أبيها أو جدتها ولو بعد، فقوله: كالمرأة - إلى قوله-: ولو سفلت؛ بيان لقوله: فرع أصله والباقي بيان للباقي من رسمه.

(فإن قلت): لأي شيء زاد هنا، ولو برضاع، ولم يزد ذلك في رسم المصاهرة، كما ذكر ابن الحاجب.

(قُلتُ): هذا السؤال كان يرد قديمًا، ولم يظهر قوة جواب عنه وبالجملة، فكلامه في غاية الحسن، والإيجاز في النظم، وهو ظاهر، واختصار باهر، والله يحفظ منا السرائر والظواهر، وهو الموفق للصواب.

محمد: يصدق ويفارق الأخرى وعلى قولها: (لا تصدق المرأة يتزوجها رجلان جهل أولهما في تعيينه) لا يصدق، وأرى أن يصدق ما لم يتهم بأن يدعي ذات الجمال أو اليسار؛ لأن الغالب إذا تقدم نكاح الموسرة الجميلة أن لا يتزوج الأخرى إلا لسبب، وإن شهدت عليه البينة بالنكاحين، فكذب إحداهما؛ فسخا بخلاف إقراره بهما، وتعيين أولاهما؛ لأنه لابد أن تكون إحداهما دون الأخرى بخلاف أن ينكر؛ لأن التي أنكرها يمكن أن تكون الأولى.

وعزا الصقلي قول محمد لأشهب، وزاد عنه أنه قال: لو قال في إحداهما: ما تزوجتها، وعقد كل منهما ببينة؛ لم تؤرخ قبل قوله.

محمد: لا يعجبني هذا.

ورد ابن بشير تخريج اللخمي بقوله: لعل هذا في الزوجة؛ لأنها تتهم، وأيضًا: فإن الزوج قادر على فسخ النكاح وابتدائه؛ يرد بأنه أيضًا يتهم؛ لاحتمال خوفه عدم إجابة من يريد نكاحها منهما بعد الفسخ، وبأنها قادرة على الفسخ بعدم تعيينها، وإن فسخ النكاح لجهل أولاهما، فقال اللخمي: وروى محمد: لكل واحدة نصف مهرها.

ابن حبيب: إن مات عنهما؛ فلكل واحدة نصف مهرها والميراث، واختلف في هذا الأصل، قيل: عليه في حياته لكل واحدة نصف مهرها، وفي موته كله والإرث بينهما، وقيل: نصف في حياته، وصداق في موته يقتسمانه، وتحلف كل واحدة للأخرى، فإن نكلت إحداهما؛ فالصداق للحالفة، وإن ادعت إحداهما العلم فقط؛ حلفت، وأخذت نصف الصداق، ولا شيء للأخرى، فإن نكلت؛ اقتسماه، وإن ادعى الزوج العلم وحده؛ غرم لمن اعترف لها، وحلف للأخرى، فإن نكل؛ غرم لها نصف مهرها، فإن ادعى كلهم العلم؛ فكالذي قبله إلا في رد اليمين.

ابن محرز: الفسخ لجهل أولاهما بطلاق؛ لأن إحداهما حلال، ونحوه قول الباجي، وعندي أن فسخ نكاحهما بطلاق.

وفيها: من نكح أختين متعاقبتين؛ ثبت على الأولى وفارق الثانية، ولو بنى بها؛ فسخا بغير طلاق، وإن نكحهما معًا، ولم يعلم هو ولا هما بذلك؛ فارقهما، ونكح من شاء منهما بعد استبراء من بنى بها.

ابن رُشْد: والاستبراء بثلاث حيض، قاله في سماع عيسى ابن القاسم: من زوج أمتيه رجلًا ثم استلحقهما؛ صارتا أختين، وفسخ نكاحهما إن كان في عقد، وإلا فنكاح الأخيرة فقط.

وفيها: من طلق امرأته طلاقًا بائنًا؛ فله تزويج أختها في عدتها، وكذا خامسة في عدة رابعة مبتوتة، وإن طلقها تطليقة، فادعى أنها أقرت بانقضاء عدتها في أمد ينقضي في مثله، فأكذبته؛ صدقت، فإن نكح الأخت أو الخامسة؛ فسخ إلا أن يأتي ببينة على قولها.

ابن محرز عن بعض المذاكرين: وعليها اليمين في النفقة والسكنى باقي العدة.

الشيخ عن ابن حبيب عن أَصْبَغ: من أسرت زوجته، وعمي خبرها؛ منع تزويج من يحرم جمعه معها حتى يبت طلاق الأسيرة، ويمضي لطلاقها غير بتات خمس سنين من يوم سبيها، وثلاث من يوم طلاقها؛ لاحتمال ريبة البطن، وتأخر الحيض، ولو سبيت وهي نفساء، وطلقها بحدثان نفاسها؛ تربص سنة؛ لأنها عدة التي ترفعها الحيضة لنفاسها.

الشيخ: انظر كأنه تكلم على تمادي الدم بها، وقد تطهر من نفاسها، ثم تستراب؛ فيجب عليها تربص ثلاث سنين، وأما ريبة الحمل؛ فلا؛ لتيقن أن لا حمل بها لعدم وطئه إياها بعد نفاسها، ومن حرم جمعهما في نكاح؛ حرم في وطئهما بملك واحد، ووطء إحداهما فيه يمنع وطء الأخرى، وفي استبرائها: ولو طرأ ملكها على الأخرى بعد وطئها حتى يحرم فرج الموطوءة.

اللخمي عن ابن القاسم: من أصاب أختين، ثم باع إحداهما، ثم اشتراها قبل أن يطأ الباقية؛ وطئ أيتهما شاء، وهذا يحسن إن وطئهما جاهلاً، وإن كان عالمًا؛ لم يصب واحدة منهما حتى يخرج الأخرى من ملكه؛ لتهمته على العود.

ولابن القاسم في كتاب المدنيين: من وطئ أخته بملك؛ بيعت عليه إن كان عامدًا.

قُلتُ: نقله: وطء أيتهما أحب خلاف قول استبرائها، واجتماعهما في ملك ثان عن ملك وطئ فيه إحداهما كاجتماعهما في ابتداء ملك.

وفيها: لو وطئ جارية، فباعها وعنده أختها؛ لم يكن وطئها، ثم اشترى التي باع قبل أن يطأ التي عنده؛ خير في وطء أيتهما شاء، وتحرم الموطوءة بما يمنع مطلق متعتها

فيها بالبيع الصحيح والفاسد بعد فوته.

اللخمي والشيخ عن الموازيَّة: مع الخروج من الاستبراء.

وفيها مع الموطأ والجلاب والتلقين: والكتابة، فقول اللخمي: الكتابة لا تحرم؛ لأنها إن ظهر بها حمل، أو عجزت؛ حلت وهم أو متوهم.

وقول أبي عمر: أما الكتابة؛ فقد تعجز وترجع إليه بغيرفعله غير موهم؛ لأنه بعد ذكره قول مالك.

وفيها: والتزويج غير الفاسد الذي لا يقيم عليه على حال.

الشيخ عن الموازيَّة: لو زوجها من عبده، فمات أو طلقها قبل مسها؛ حلت له أختها.

وفيها: أو عتق لأجل أو أسر أو إباق إياس.

اللخمي: أو عتق بعضها.

الشيخ عن الواضحة: أو زوجها، فطلقت، فوطئها في عدتها؛ حلت الأولى قبل انقضاء عدة الثاني؛ لحرمتها عليه.

وفيها: بيعها معيبة تحريم؛ لأن للمشتري التماسك بها؛ فلو باعها مدلسًا؛ ففي كونه كذلك.

أخذ ابن محرز من نقلها، ونقل الشيخ عن الموازيَّة قيل: لا يحرم للتمثل.

اللخمي: قال: بيعها وبها عيب تحريم؛ لأن للمشتري التماسك بها.

وفي الموازيَّة: ليس بتحريم يقتضي عموم قول الموازيَّة في المدلس وغيره.

الشيخ عن ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إخدامها للأجل الطويل كالسنين الكثيرة، أو حياة المخدم تحريم، والسنة لغو.

ابن بشير: لم يذكروا عن غيره خلافه وفيه نظر؛ لإمكان رجوعها له، وهو يطأ الأخرى إلا أن يغلب على الظن أن إحداهما لا تحيى إلى ذلك الوقت.

وفي الموازيَّة: وبيع فيه خيار أو استبراء أو على العهدة لغو.

محمد: يريد: عهدة الثلاث.

ولو ملك زوجته بمثل هذا الشراء؛ فسخ نكاحه إلا في الخيار.

ابن شاس: والعارض المحرم كالحيض والعدة لشبهة. والردة والإحرام لغو.

وفيها: والظهار.

زاد الشيخ عن الموازيَّة: ولا يجزئه تحريم من وطئ منهما بيمين بحريتها.

اللخمي عن ابن الماجِشُون قوله: إن أصبتها؛ فهي حرة لغو؛ لأن أول إصابته إياها حلال، فهو الموجب حنثه، وعلى القول بحرمتها عليه بذلك؛ تحل له أختها، ورده ابن بشير بأن وطء الأخت التي وطئ أختها محرم؛ فتحريمها باليمين بحريتها قريب من التحريم الأول.

قُلتُ: يرد بأن المعتبر من التحريم ما يحرم من الموطوءة، ولو بطل ملكه الأخرى، وبهذا ألغي الحلف بحريتها على القول بحرمتها موجود.

وفيها: قيل: لو وهبها لابنه الصغير أو الكبير أو عبده أو يتيمه.

قال: كل ما له أن يصيبها بشراء هو الحاكم، أو باعتصار، أو انتزاع، وما يفسخ من بيع ونكاح لا يثبتا عليه إن شاء أو أحدهما لغو.

وقبول الصقلي قول ابن عبد الرحمن: لو وهبها لابنه الكبير أو لأجنبي؛ لم تحل له أختها حتى يقبضها الموهوب له؛ لأن ربها لو أعتقها قبل قبضه، أو أحبلها؛ مضى عتقه وإيلاده، وبطلت الهبة؛ يرد تقدم نصها لغو هبتها القابلة للاعتصار والمذهب صحة اعتصار الهبة من الكبير؛ ولا يفيته عيبه عليها إلا أن يدعي الابن وطئها.

وفيها: إن وطئ الأخرى قبل غيبته الأولى؛ وقف فيهما حتى يحرم أيتهما شاء.

زاد في استبرائها: إن حرم الثانية؛ لم يوقف من الأولى، وإن عكس وقف عن الثانية حتى يستبرئها لفساد مائه.

اللخمي والشيخ عن الموازيَّة: إن وطئ الأولى بعد وطئه الثانية قبل تحريمها؛ صارت مثلها في الوقف عنها إن حرم غيرها حتى يستبرئها.

وفيها: من تزوج أخت أمة له وطئها؛ لا يعجبني نكاحه لقول مالك: لا ينكح إلا امرأة يجوز له وطؤها إذا نكحها أولاً، ووقف إما طلق أو حرم الأمة.

سَحنون: وقد قال ابن القاسم: لا ينعقد نكاحه، وهو أحسن قوليها إن أوفى استبرائها.

عن أشهب: نكاحه جائز، وهو تحريم للأمة.

الشيخ عن ابن دينار: وأحب إلي تحريمه الأمة، ثم يطأ الثانية، وعزا قول أشهب لابن عبد الحَكم معه، وعزا ما اختاره سَحنون لابن حبيب عن الأخوين. وأَصْبَغ وعن أشهب وقفه عن وطء الزوجة حتى يحرم الأمة قال: وهذا خلاف رواية سَحنون ومحمد عنه.

المتيطي: في إباحة نكاح الأخت ووطئها، وفسخه ثالث الروايات يوقف عن وطء الزوجة حتى يحرم أيتهما شاء.

وفيها: من ابتاع أخت زوجته قبل بنائه بها؛ له وطؤها دون الأمة، فإن وطؤها؛ كف عن الزوجة حتى يحرم الأمة، ولا يفسد النكاح بحال.

زاد الشيخ عن الموازيَّة: قال أشهب: بل يطأ امرأته؛ لأن أختها حرام نكاحها أو على الأول تحرم الأمة بما تقدم، وتحرم الزوجة بالطلاق البائن والرجعي إن انقضت عدتها.

وفيها: من تزوج أم ولده، ثم وطئ أختها بملك، ثم رجعت إليه أم ولده؛ أقام على وطء الأمة.

وتعقبه ابن محرز بأن رجوعها كتزويجه أختها؛ لأنها فراش له بخلاف الأمة؛ يرد بأن فراش أم الولد أضعف من الزوجة؛ لقبول أم الولد تزويج غيره ما دامت أم ولد، وامتناع تزويج الزوجة مادامت زوجة.

وتزويج خامسة حرام إجماعًا لا ما دونها.

وفي كون العبد كالحر، وحرمة الثالثة عليه قولان لروايتها: ولو كن حرائر، مع الباجي عن رواية أشهب: كن أو بعضهن.

ونقل أبي عمر رواية ابن وَهْب قائلاً: هي القياس على تشطير حده وطلاقه.

وللشيخ قبل ذكره رواية ابن وَهْب: وروى أشهب أيضًا في نكاحه أربعًا: إنا نقول ذلك، وما أدري ما هو.

قُلتُ: وهذا يقتضي الوقف أو التقليد؛ فلعله يريد: ما أدري الآن ما سبق لي من دليل ترجيح دخوله في عموم: ﴿فَٱنكِحُواْ﴾ [النساء: 3] على قياسه على تصنيف حده.

وجمع المرأتين في صداق بعقد واحد في فصله إن شاء الله تعالى.

ابن رُشْد: إن تزوج خمسًا في عقد واحد؛ فسخ، ولو بنى ولا إرث مطلقًا؛ وللمبني بها مهرها، وعدتها ثلاث حيض.

قُلتُ: والخامسة مع رابعة كذلك.

ابن رُشْد: إن تزوجهن متعاقبات وجهلت الخامسة ومات؛ فالإرث بينهن أخماسًا دخل بهن أو لا؟.

زاد الصقلي عن شيخه: عتيق.

واللخمي عن المذهب: أو ببعضهن.

ابن رُشْد: وأما المهر فإن بنى بهن؛ فلكل واحدة مهرها إن علم.

قُلتُ: وإلا فلكل واحدة خمس مجموع مهورهن.

ابن رُشْد: وإن لم يبن بواحدة؛ ففي كون الواجب لكل واحدة نصف ما وجب في بنائها، أو أربعة أخماسه قولان للآتي على قول ابن حبيب، وقول سَحنون مع محمد بناء على اعتبار حالتي سقوط كل واحدة باحتمال كونها خامسة، وثبوتها باحتمال أنها غيرها، واعتبار المتيقن وجوبه على الميت فقسم بينهن.

قُلتُ: لم يحك الصقلي عن شيخه: عتيق، واللخمي: غيره.

وإن بني ببعضهن؛ فللمبني بها مهرها:

ابن رُشْد: وفي كون الواجب لغيرها نصف مهرها أو أربعة أخماسه ثالثها: جميع ما يجب له عليه إلا نصف مهر لابن حبيب ومحمد وسَحنون، واختاره ابن لبابة، وعليه إن كان واحدة فقط؛ فلها نصف مهرها، وللاثنتين مهر ونصف، ولثلاث مهران ونصف، لكل واحدة خمسة أسداسه، ولأربع ثلاث مهور ونصف، لكل واحدة سبعة أثمانه، وعدة من بنى بها أقصى عدة الوفاة، وثلاث حيض وعدة غيرها الوفاة فقط، وإن كان حيًا؛ فرق بينه وبينهن، ولمن بنى بها مهرها، وعليها ثلاث حيض، وإن لم يبن بواحدة منهن؛ فلا عدة، وفي كون الواجب لغيرها ربع مهرها أو خمسيه ثالثها: ما تجب له إلا ربع مهر؛ لذوي ثلاثة الأقوال في الموت.

ابن رُشْد: إن كان غير المبني بها واحدة؛ فلها ربع مهرها على قولي ابن حبيب وسَحنون، وخمساه على قول محمد، وإن كان أكثر من واحدة؛ قبل قول ابن حبيب: لكل واحدة ربعه، وعلى قول محمد: خمساه، وعلى قول سَحنون: إن كانتا اثنتين ثلاثة أرباع مهر بالسوية بينهما، وإن كن ثلاثًا؛ فمهر وربع بينهن بالسوية، وإن كن أربعًا؛ فمهر وثلاثة أرباع.

الصقلي: لو طلق واحدة معلومة، وماتت، ولم يبن بواحدة منهن؛ فلهن أربعة مهور إلا ربع مهر؛ لأن المطلقة إن كانت خامسة؛ فلا شيء لها، وإلا فلها نصف مهرها، فتأخذ ربعه، ثم إن كانت الخامسة من البواقي؛ فلهن ثلاثة مهور، وإلا فلهن أربع؛ فيجب لهن ثلاث ونصف لكل واحدة ستة أثمان مهرها، وإن جهلت المطلقة، فتمت المهور الأربعة إلا ربعًا بينهن يجب لكل واحدة ستة أثمان مهرها.

اللخمي عن سَحنون: وابن محرز عن ابن اللباد عنه: لو مات عن ست واحدة فقط بعقد، والخمس في عقدين؛ فللمنفردة مهرها؛ لأنها أولى أو ثالثة أو رابعة.

قُلتُ: ولم يذكرا ما للباقيات؛ والقياس لكل واحدة من الثنتين نصف مهرها؛ لاحتمال ثبوتها بكون عقدهما أولاً أو ثانيًا للواحدة، واحتمال سقوطه بكون عقده ثالثًا أو ثانيًا للثلاث، وكذا لكل واحدة من الثلاث احتمال ثبوته بكون عقدهن أولاً أو ثانيًا للمنفردة، واحتمال سقوطه بكون عقدهن ثانيًا للثنتين أو ثالثًا.

قالا: والميراث بينهن على أربع، ويستوين للمنفردة سبعة؛ لاستحقاقها الربع اتفاقًا، واحتمال استحقاقها الثلث؛ لكون عقدها ثاني عقد الثنتين، فيجب لها نصف ما فيه الباقي سبعة عشر يسلم الثنتان منها للثلاث سهمًا، ويتداعى الفريقان الباقي، فيشطر بينهما.

والمكمل طلاقها وهو ثلاث الحر، وثنتان لغيره، وهي حرام على مكمله حتى تنكح زوجًا غيره، واستشكل ابن عبد السلام كونه له ثنتين.

وقال: تقتضي القاعدة طلقة واحدة بأن موجب نقصه عن الثلاث عندهم تشطير طلاقه؛ لرقه كالحد، فكان كقول الحر: أنت طالق شطر الطلاق يلزمه مطابقة لفظه

طلقة ونصف طلقة، فتكمل عليه، فيلزمه طلقتان الباقي طلقة واحدة، فكذا العبد؛ لأن رأيه الموجب لتشطيره كلفظ الحر الموجب له؛ ويرد بأن الرق لا يوجب تشطير الطلاق؛ إنما يوجب تشطير عصمة الحر، وهي بحكم الشرع مركبة من ثلاثة أجزاء حكمية، كل جزء منها لا يتجزأ في ذاته، ويبطله طلقة بائنة هو متعلقها، فيجب للعبد شطرها بجزء ونصف جزء، ونصف جزء لا يتجزأ؛ فوجب إكماله الحد، ويجزيه بأن القاعدة أن ما لا يتجزأ شرعًا أو عقلاً إذا قام دليل على إثبات جزء منه؛ لزم إكماله وإلا لزم نقض الدليل شرعًا وعقلاً، أو تجزئة ما لا يتجزأ، وكلاهما باطل، وهذا كمن نذر صلاة ركعة؛ لزمه ركعتان لامتناع تجزؤ النافلة، وكمن نذر اعتكافًا مطلقًا؛ لزمه صومه، وكقيام الدليل على وجود السواد؛ يلزم منه وجود جوهر ما، فإذا أوجب إكمال الجزء الثاني، وقد بينا أنه لكل جزء طلقة؛ كان له طلقتان لا أقل ولا أكثر.

واعلم أنهما قاعدتان الأولى: قاعدة ثبوت كل ما لا يتجزأ؛ لقيام الدليل على إثبات جزئه المفروض، وقاعدة إبطال ما ثبت؛ لقيام الدليل على إبطال جزئه، ومسألتنا من القاعدة الأولى حسبما قررناه لا من الثانية، كما قال الشيخ، والله أعلم بالصواب.

[باب النكاح المحلل المطلقة ثلاثا لمطلقها]

ونكاحها غيره؛ هو وطؤه إياها بعقد صحيح لازم وطئًا مباحًا يوجب الغسل دون إنزال[1].

الصقلي عن محمد: وفي الإحلال والإحصان فيه بوطء الحائض أو المعتكف أو الصائم في رمضان، وكل وطء نهى الله عنه ثالثها: يحصن فقط لابن الماجِشُون مع سائر البصريين وروايتهم، وابن دينار مع المغيرة وروايتها.

ابن رُشْد: رجع عنه مالك.

الصقلي: عكسه أبين.

---

(1) قال الرَّصاع: كلامه ظاهر، وهذا الرسم متفق عليه، فإذا عدم قيد من القيود الذي ذكر جاء الخلاف، والله سبحانه أعلم.

ابن رُشْد: صوم كفارة اليمين بالله، ونذر معين، وفي كون الوطء في صوم التطوع، وقضاء رمضان، ونذر مبهم أو كفاسد ثالثها: في التطوع فقط لابن حبيب قائلاً: أجمع عليه مالك وأصحابه، ولظاهر ما رجع إليه مالك في سماع سَحنون رواية ابن القاسم ولظاهر أول لقول مالك فيه.

قُلتُ: في السماع المذكور وقف مالك في صوم التطوع، ورجوعه عنه إلى لغوه فالوقف رابع.

الباجي: قول ابن حبيب خلاف المدَوَّنة والموازيَّة، وقول ابن بشير في كون هذا الحكم في كل صوم، أو في واجبه فقط قولان خلاف تفصيل نقل ابن رُشْد.

الصقلي عن أبي عمران: وطؤها بعد رؤيتها القصة البيضاء قبل اغتسالها يحلها على قول ابن بكير لا على قول أصحابنا، فوطئها بالملك والعقد الفاسد قبل صحته؛ لغو منه.

[باب نكاح المطلقة ثلاثًا]

ونكاح المحلل؛ وهو ما عقده الثاني بنية تحليلها[1].

---

(1) قال الرَّصاع: معناه: نكاح عقده الزوج الثاني قاصدًا تحليل المطلقة المثلثة، وأخرج بقصد التحليل، إذا لم يقصد ذلك، وكذلك أخرج قصد المرأة، وكذلك نيَّة الزوج الأول خرجت أيضًا، والنص كذلك في سماع القرينين، وما ذكرناه هو المشهور، وعليه بنى الشيخ رسمه وإلا فقد قيل في المذهب: إن هم أحد الثلاثة بالتحليل يوجب الفساد، (فإن قلت): الرسم الأول المذكور قبل هذا يصدق على صورة لا يصح الإحلال فيها؛ وهي إذا أبت مسلم زوجته النصرانية بالثلاث، ثم تزوجت نصرانيًا، ثم أبانها، فإن ذلك ليس بإحلال، ورسم الشيخ يصدق فيها أنه إحلال.

(قُلتُ): الجواب عنها: أن نكاح النصراني لها ليس بنكاح؛ فلا يصدق الحد فيها، وقد أشار في المدَوَّنة إلى هذا الجواب، وقد نقل عن رواية ابن شعبان: أن ذلك يحلها، وقاله علي بن زياد.

قال اللخمي: وهو أصوب لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: 230]، ورد بأنه لا عموم للفعل، والنكرة في غير نفي، وأجيب بأن النكرة في سياق النفي؛ كقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة: 282].

قال ابن عباس: وهذا يجمع الدين كله.

قال الشيخ: فاستشكل، ويجاب بأنها في سياق الشرط، وذكرنا هذا؛ لأن فيه ما يتأمل، وذلك أن النفي ارتفع في هذه الآية المتكلم فيها؛ لأن الغاية كالإنشاء بخلاف آية الدين، فهي ليس فيها ما يرفعه،

سمع القرينان: لا تضر نيَّة المرأة ذلك.

زاد محمد في روايته: ولا نيَّة الزوج الأول ذلك.

وروى ابن عبد الحَكم: يفسخ أبدًا.

ابن رُشْد: قاله جميع أصحاب مالك.

الصقلي: روى محمد: أحب إلي أن لا ينكحها أبدًا.

ابن عبد الحَكم: لها بالبناء صداق المثل.

محمد: بل المسمى؛ وهو قول مالك.

قال: ويفسخ بطلقة إن كان بإقراره، ولو ثبت إقراره قبل نكاحها؛ فليس بنكاح، فإن تزوجها الأول به؛ فسخ بغير طلاق.

قُلتُ: القائل: ويفسخ إلى أخره مالك، بينه الباجي من رواية أشهب في الموازيَّة.

الباجي: وعندي إن ثبت إقراره به قبل نكاحه؛ جرى على المختلف في فساده لعقده وعزى القول بصداق المثل لرواية ابن بكير مع ابن عبد الحَكم، والثاني لمحمد مع روايته وصوبه.

قال عن ابن حبيب: ويجب على المحلل أن يعلم الأول قصده التحليل؛ ليمنعه نكاحها، الكافي علم الأول، وجهله ذلك سواء.

وقيل: إن علم قصد الثاني إحلاله؛ انبغى له تركها.

وقيل: إن هم أحد الثلاثة بالتحليل؛ فسد النكاح وهو شذوذ.

قُلتُ: كذا نقله المتيطي، وظاهره: أنه في المذهب، ولم يعزه في الاستذكار إلا للنخعي والحسن البصري.

ابن رُشْد: لا يحلها نكاح المحلل اتفاقًا.

ابن رُشْد: لو قال في نفسه: إن وافقتني أمسكتها، وإلا كنت احتسبت بتحليلها؛ لم يحل المقام عليه، ولم تحل به إذا خالطت نيته شيئًا من التحليل.

وفي تعليقة عبد الحميد: لو نوى التحليل دون شرط؛ لم يحلها عند مالك.

فليست هذه الآية نظيرًا للأخرى.

وقال غير واحد من أصحابه: يحلها، وهو مأجور، ولو زوجها من عبده ليسأله طلاقها بعد وطئها؛ حلت به، ومال إليه بعض الشُيُوخ.

واحتج برواية ابن نافع: لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة تعجبه ليصيبها، وقد أضمر فراقها بعد شهر.

ولو تزوجها من حلف ليتزوجن على امرأته ليبر؛ ففي تحليلها ولو لم تشبه مناكحه فلم يبر ونفيه، ولو أشبهت وبر ثالثها: إن أشبهت لابن رُشْد عن ابن القاسم مع روايته وابن دينار مع أحد قولي ابن كنانة وثانيهما.

قُلتُ: عزاه الباجي لرواية المدنيَّة، وزاد في قول ابن دينار: ولو أقامت معه أكثر من سنتين.

اللخمي عن محمد: لو قال لها الأول: تزوجي فلانًا إنه مطلاق؛ حلت بتزويجه، ويختلف إن تزوجت غريبًا عالمة أنه لا يريد حبسها على فساده؛ لا تحل به.

الشيخ عن الموازيَّة: لو تزوج مبتوتة، وبنى بها، وأقر بوطئها كاذبًا، ثم أبتها، فتزوجها من أبتها أولًا، وبنى بها وأقر بوطئه؛ لم تحل لمن أبتها ثانيًا؛ لفساد نكاح من أبتها أولاً بعد بت من أبتها ثانيًا.

قُلتُ: لا يحل نصرانية لمسلم أبتها نكاح نصراني؛ لأنه ليس بنكاح.

اللخمي: روى ابن شعبان: يحلها، وقاله علي بن زياد، وهو أصوب لعموم: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: 230].

ويرد بأن لا عموم للفعل والنكرة في غير نفي يجاب بأنهما في سياقه كقول سلمها في: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ﴾ [البقرة: 282].

قال ابن عباس: هذا يجمع الدين كله فاستشكل، ويجاب بأنه في سياق الشرط.

الباجي: الوطء الثاني فيما يفسخ قبل البناء لا بعده؛ يحل ويحصن، والأول لا نص فيه، وفيه احتمال عندي، والوطء في عقد مخير في إمضائه إن رد؛ لغو.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وإلا ففي التحليل به، والإحصان، ولغوه؛ لاعتبار وطء بعد إمضائه نقلا ابن رُشْد عن المشهور وأشهب.

قُلتُ: لم يذكر اللخمي قوليهما إلا في عبد وطئ حرة بنكاح دون إذن سيده.

قال: ولو زنت، فإن أمضاه سيده؛ رجمت وإلا فلا.

قال: والطلاق فيه قبل إمضائه كرده، وأجرى عليها من زوجها غير وليها، وبنى بها زوجها.

قال: فإن رده الولي، أو طلق قبل نظره؛ لم تحل إلا على ما حكى القاضي أن نكاح من زوجت بولاية الإسلام مع النسب ماض، فوطؤها يحلها، ولو طلق قبل نظر الولي إلا من زوج يعر الولي؛ فله فسخه.

وعمم ابن بشير نص الخلاف في كل وطء يعقد فيه خيار كابن رُشْد، وأجراهما على الخلاف في ثبوت المترقب يوم ثبوته أو يوم ترقبه، والأصوب على عقد الخيار إذا بت هل يحكم ببته يوم البت أو يوم وقع؟.

وفيها: عطفًا على وطء العبد بعقد دون إذن ربه، وكذا وطء الزوج زوجته ذات العيب قبل علمه به.

ابن الحاجب: وكذا نكاح ذي عيب أو غرور من أحد الزوجين.

الباجي: يكفي مغيب الحشفة في الفرج، أو قدرها من مقطوعها وإن لم ينزل مع الانتشار.

ابن حارث عن سَحنون: وطء مقطوعها لا يحصن؛ لأنه ناقص.

ابن حبيب عن أَصْبَغ عن ابن القاسم: إدخالها ذكر الشيخ في فرجها دون انتشار إن انتشر بعد ذلك أحلها وإلا فلا.

اللخمي: لمحمد عن ابن القاسم: يحل ويحصن، والأول أحسن.

وفي تعليقة الشيخ عبد الحميد: لو وطئها غير منتشر، ثم انتشر في فرجها؛ أحلها اتفاقًا من أصحاب مالك، ولو كان كسل، ولم ينتشر، ففي كتاب محمد: يحل ويحصن، وفي بعض رواياته: محوق علي يحل، فتبقى المسألة بلا جواب.

التونسي وغيره من المذاكرين: الأشبه أنه لا يحل ولا يحصن.

بعض المذاكرين: إن عرى ذلك عن اللذة المعتادة عند مغيب الحشفة؛ ألغي وإلا أحل وحصن.

الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: وطؤها قبل الفرج مع دخول مائه فرجها

وإنزالها لغو.

اللخمي: وكذا وطء النائمة، ومن ليس له إلا ما يبلغ به دون الختان.

وفيها: وطء الخصي القائم الذكر يعد عليها به يحل ويحصن.

ابن حارث عن سَحنون: لا يحصن لنقصه.

وفيها: وطء الصبي القادر على الجماع ولم يحتلم؛ لغو.

اللخمي: إن شارف البلوغ؛ أحل وطؤه، على قول مالك: يحد إن زنى.

وفيها: وطء الصغيرة التي يجامع مثلها؛ يحصن واطئها ويحلها ولا يحصنها.

اللخمي: إن لم تبلغ الصغيرة الوطء؛ فوطؤها لغو؛ لأنه جناية.

وفي لغو شرط عقل أحدهما في إحلالها، وشرط عقلها فقط أو الزوج، رابعها: شرط عقلهما معًا.

للخمي عن ابن الماجِشُون، وابن القاسم وأشهب، واختياره ابن حارث: إن كان الزوج عاقلاً؛ أحصن مطلقًا.

وفي إحصان الزوجة المجنونة ثالثها: إن كان الزوج عاقلاً لمحمد عن ابن الماجِشُون وابن القاسم فيها وأشهب.

وفيها: كل وطء أحصن أحد الزوجين؛ أحل، وينقض بنقل عبد الحق عن محمد عن ابن القاسم مع ما تقدم لابن حارث عنه: إن وطء العاقل المجنونة؛ يحصنه ولا يحلها، وبقبول الصقلي قول بعض شُيُوخنا: إن ظهر بمن لم يعلم لها خلوة بزوجها حملٌ؛ لاعن منه هي به محصنة لإقرارها ولا يحلها.

ومثبت وطء الإحلال: قال اللخمي: شاهدان على نكاح المحلل، وامرأتان بالخلوة، واتفاق الزوجين على الإصابة، وانفراد الزوجة بدعواه لغو في الأمد القريب، وتصدق في بعيده؛ حيث يمكن موت بينتها إن كانت مأمونة، وإلا فقولان لابن عبد الحَكم ومحمد.

والطارئان من بعد: مصدقان؛ لتعذر إثبات ذلك، ولو علم العقد؛ لم تصدق في البناء.

قال أشهب في المدَوَّنة: ولو صدقها الثاني؛ لتهمته في ملك الرجعة، وتهمتها في

الإحلال.

ولو علمت خلوة إهداء؛ صدقت في الإصابة إن لم يكذبها الزوج، ولو لغيبته أو موته.

الباجي: لو بنى وبات عندها ليلة فقط ومات صدقت؛ ولو كذبها؛ ففي حلها ثالثها: إن لم يكذبها حتى حلت، وأرادت الرجوع لباتها.

لابن القاسم ومالك فيها ورواية محمد.

اللخمي: الثاني أبين.

وقوله: ذلك قبل طلاقه أوضح، ولو طال مقامه معها، وأقر أن لا آفة به؛ صدقت، ونحو الثالث نقل الباجي عن ابن وَهْب: إن ذكر الزوج ذلك عند الفراق؛ لم تحل، وإن قاله بعده؛ حلت.

الباجي: وعندي أن كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء فيه؛ تصدق فيه في الإحلال، وعكسه عكسه، ولم أر فيه نصًا.

قُلتُ: ما أضافه لنفسه مع قوله: لم أر فيه نصًا، وعده ابن الحاجب رابعًا مشكل؛ لأنه نفس قول ابن القاسم.

اللخمي: خلوة الزيارة لغو.

وفيها: إن مات قبل بنائه، فقالت طرقها ليلاً فأصابها؛ لم تصدق.

في أمهات الأولاد منها لأشهب: من طلق زوجته قبل البناء، ثم ظهر بها حمل ادعاه؛ لحق به، وله رجعتها دون ابتداء نكاح، والولد قاطع للتهمة.

قُلتُ: فيلزم إحلالها، وملك الرجل بعض المرأة، وعكسه؛ يحرم نكاحهما، وحدوثه، ولو بإرث يوجب فسخه، ولا صداق قبل البناء.

قُلتُ: نحو قول الباجي: وكذا بقية الرق كأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة لأجل.

وفي ثاني نكاحها: إن اشترت زوجها، وهي أمة غير مأذون لها، فرده ربها؛ فهما على نكاحهما.

اللخمي عن محمد: إن اشترى أحدهما الآخر بخيار؛ لم يفسخ نكاحه إلا ببته، وإن

بيع على العهدة؛ فسخ حينئذ، فإن حدث في العهدة عيب؛ رد به، وقد انفسخ النكاح، وشراء زوجها إياها بشرط الاستبراء يوجب فسخ نكاحها؛ لأن الماء ماؤه.

اللخمي: القياس فيهما عدم تعجيل الفسخ، إن سلمتا مدة العهدة والاستبراء؛ تم البيع وفسخ النكاح وإلا فلا.

وفي أول نكاحها: إن اشترت زوجها بعد البناء؛ فسخ نكاحها، وتبعته بمهرها، وقبله لا تتبعه.

سَحنون: إلا أن يرى أنها وسيده اغتزيا فسخ نكاحه؛ فلا يجوز ذلك، وبقيت زوجته.

قُلتُ: ظاهره: أن اغتزاءه وحده لغو، وفيه نظر.

وفي ثاني نكاحها: روى ابن نافع: من زوج أمته من عبده، ثم وهبها له يغتزي؛ فسخ نكاحها ليحلها له، أو لغيره؛ لم يجز، ولا تحرم بذلك على زوجها.

اللخمي: ظاهره: صحة الهبة، وإن لم يقبلها العبد.

ابن محرز: هذه تدل على أن لسيده إكراهه على قبول الهبة.

عبد الحق: قال بعض شُيُوخنا: إن قبل العبد هبتها؛ فسخ نكاحه، ولو اغتزاه سيده ولا حجة له إن قال: لم أظن أنه اغتزاه، وإنما يفترق اغتزاؤه من عدمه إذا لم يقبل العبد الهبة.

قُلتُ: وبه يتم قول اللخمي وابن محرز، وقبول ابن عبد السلام نقل ابن الحاجب، (وقيل: يفسخ النكاح) معبرًا عنه بقوله: وقيل: ينتزع؛ لا أعرفه.

وفي أخذه مما تقدم لعبد الحق عن بعض شُيُوخه تكلف بعيد.

فإن قلت: يؤخذ ذلك من قول ابن شاس: روى ابن نافع: إن وهب السيد لعبده زوجته أمة السيد ليفسخ نكاحه؛ لم يجز، وإن بان أنه فعله؛ لينتزعها منه؛ ليحلها لنفسه أو غيره، فلا أرى ذلك جائزًا.

وقال أَصْبَغ: يكره ذلك، فإن فعل؛ جاز.

قال ابن الماجِشُون: إن كان مثله يملك مثلها؛ فذلك له ويفسخ النكاح.

قال محمد: ولو لم يملك مثلها؛ فالهبة باطلة.

وقال ابن عبد الحكم: إن قصدا بفرقة؛ لم يجز.

قُلتُ: في الأخذ منه نظر؛ لأن قول أَصْبَغ يكره ذلك، فإن فعل؛ جاز يحتمل أن يعود على الانتزاع، وهو مقتضى ما ذكر قبل قول أَصْبَغ، وأن يعود على الملك الموجب فسخ النكاح، وهو مقتضى ما ذكره إثر قول أَصْبَغ؛ إذ لو كان المراد به الانتزاع؛ لم يكن لقول ابن الماجِشُون: وإن كان مثله يملك مثلها؛ معنى قول محمد: لو لم يملك مثلها؛ فالهبة باطلة، ولو لم يقل: فالانتزاع باطل.

وفيها: من ضمن صداق عبده، فرضيت زوجته بأخذه في صداقها؛ فسد نكاحه، فإن كان قبل البناء؛ رجع العبد لسيده.

اللخمي: يدخل فيه قول مالك: إن فعله لفسخ نكاحه ليعود له عبده، ويسقط الصداق، ويزول عيب النكاح؛ لم يجز، وبقيت زوجته.

قُلتُ: قول مالك؛ إنما هو في الهبة، ويفرق باستقلاله فيها، ويتوقف دفعه إياه عن الصداق على رضى المرأة، ودخول قول سَحنون فيه تام؛ لأنه في بيعه منها.

اللخمي: وقال عبد الملك: إن أحبت؛ دفعت الصداق، وبقي لها العبد، وإن كرهت؛ رجع العبد لسيده.

قُلتُ: في قولها: يرجع العبد لسيده، وقول عبد الملك نظر؛ لأنها إنما أخذت العبد اشتراءً منها بمهرها المعوض عن بضعها، ففسخ نكاحها كاستحقاق سلعة بيعت بدنانير أخذ بائعها عن الدنانير سلعة أخرى، والنص فيها رجوع مبتاع السلعة الأولى لاستحقاقها بثمنها الدنانير لا سلعته.

ويقوم منها: أن من غرم ثمن سلعة؛ ضمنه، فاستحقت السلعة، أو فسخ بيعها رجع على بائعها بما دفع إليه لا على مشتريها؛ ليرجع على البائع، وإلا لما رجع العبد لسيده، ورجع بالمهر الذي دفع فيه العبد عن المضمون عنه وهو العبد، وقد يكون عليه دين؛ لأن المهر في ذمة العبد؛ ولذا تصور ضمانه السيد، وفسخ النكاح كفسخ البيع واستحقاق السلعة.

وشبهة الملك كالملك:

في أمهات الأولاد منها: من ابتاع زوجة أبيه؛ انفسخ نكاحه؛ إذ لا يتزوج أب

أمة ولده.

الشيخ عن الموازيَّة: لا أعلم من أجاز نكاح الأب أمة ابنه إلا عبد الله بن عبد الحكم أجازه وقال: أكرهه، فإن وقع؛ لم أفسخه.

وفيها: إن وطئ أمة ابنه صغيرًا أو كبيرًا؛ لم يحد، وقومت عليه يوم وطئها، ولو لم تحمل، وكان عديمًا، وبيعت عليه؛ لعدمه في القيمة إن لم تحمل، فإن حملت؛ لم تبع، وبقيت له أم ولد إن لم يكن وطئها الابن، وإلا عتقت على الأب لحرمة وطئه إياها.

الصقلي عن عبد الملك وابن عبد الحكم: للابن التماسك بها إن كان مأمونًا، ولو كان الأب مليًا.

وقول ابن الحاجب: وقال ابن عبد الحكم: للابن التماسك في عسر الأب ويسره ما لم تحمل دون قيد أمنه لا أعرفه.

وفيها: إن وطئ أم ولد ابنه؛ غرم قيمتها أم ولد، وعتقت عليه، وولاؤها لابنه، ويناقضها قول جنايتها: إنما يقوم من فيه علقة رق في الجناية عليه قيمة عبد، والتفريق ببقاء منفعة الولاء في وطء الأب بخلاف الجناية؛ يرد بأن الجناية قد تكون في البعض لا في النفس.

الشيخ عن الموازيَّة: لا بأس أن يزوج أمته من ولده لا ابنته من عبده، وليس بحرام.

وفي نكاحها الأول: لا بأس أن يتزوج ابنة سيده برضاها ورضاه، وكان مالك يستثقله، والمكاتب كالعبد.

ابن محرز: علل المذاكرون كراهته بأنها قد ترثه بموت أبيها، فألزم في نكاح الابن أمة أبيه، وأجاب بعضهم: بأن إرثها زوجها يوجب حرمة وطئها، وإرث الابن زوجته لا يوجب حرمة وطئه إياها؛ لصحة وطئه بالملك، ورده ابن محرز بأنه قد يكون معه وارث، وبجواز نكاح الزوج أمة زوجته مع امتناع دوام وطئها بإرثها؛ لأنه لا يستقل بها؛ والصواب تعليله بأنه من دنيء الأمور، وربما عرض به للبنت معه فتنة؛ لأن الطباع مجبولة على الأنفة من هذا وكراهته؛ ولذا شرط رضاها مع رضى أبيها.

وسمع ابن القاسم: لا أحب لمن أخدم أمة حياته تزويجها؛ لأنه كشريك فيها.

ابن رُشْد: لأنه لا يحد عنده إن زنى بها.

زاد ابن القاسم: ولو تعمد ذلك كشريك.

وعلى قول أشهب والأخوين، ومحمد بن مسلمة، وأبي مصعب: (يحد ولا يعذر بجهل) يجوز له نكاحها.

وقال ابن وَهْب: يحد إلا أن يعذر بجهل، ولو قل زمن إخدامه حد اتفاقًا، وجاز له نكاحها.

اللخمي: إن أخدم أحدهما الآخر كثير السنين؛ فسخ نكاحهما، ويختلف في يسيرها.

ابن الماجِشُون: من أخدم أمته سنة؛ لم تحرم عليه، ولا تباح له أختها، وإن طالت السنون، أو كانت حياة المخدم؛ حرمت وأبيحت، فلما لم تحرمها السنة على سيدها؛ لم ينفسخ النكاح، ويحد المخدم إن وطئها.

محمد: إن أخدم أحد الزوجين الآخر، فإن كان مرجعه لحرية، وقبل الخدمة من أعطيها؛ فسخ نكاحها وإلا فلا.

قال: ولو اشترى أحدهما الآخر، وهو مكاتب، ففي فسخ نكاحه قولان بناءً على أنه ملك رقبته أو كتابته، فإن عجز؛ انفسخ اتفاقًا.

قُلتُ: يريد: أن المبيع الكتابة.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من ساق لامرأته في مهرها أمة لا يتزوجها قبل بنائه.

ابن رُشْد: وإن زنا بها؛ لم يحد، وهو على قوله وروايته: إن ماتت الجارية، ثم طلقها فمصيبتها منهما، والغلة بينهما على سماع أشهب: إن أصدقها عبدًا، فمات عندها، ثم طلقها قبل البناء؛ رجع عليها بنصف قيمته يجوز له نكاحها، ويحد إن زنى بها، والقولان في حده إن زنى بها نص في ثمانية أبي زيد.

وسمعه أبو زيد: لا بأس أن يتزوج أمة زوجته.

ابن رُشْد: كرهه ابن كنانة لقول من رأى للزوج شبهة في مال زوجته، وأنه لا يحد إن زنى بها، روي ذلك عن ابن مسعود وهو شذوذ، والصحيح حده، قاله عمر وعلي رضي الله عنهما.

وفيها: لابن القاسم: إن أراد أن يزوج أمة عبده منه انتزعها، ثم زوجها منه، فإن زوجها منه قبل انتزاعها ووطئها؛ جاز نكاحه، وكان انتزاعًا، وإن أراد سيدها، وطأها انتزعها ووطئها، فإن وطئها قبل انتزاعها؛ كان انتزاعًا.

قُلتُ: ويجب استبراؤها قبل وطئها وبعده قبل استبرائها.

[باب الرق المانع من النكاح وقتا ما]

والرق المانع وقتًا ما: رقها مدة كفرها حسبما يأتي[1]، فإن أسلمت؛ جاز نكاحها للعبد اتفاقًا.

وفي كون الحر كذلك، أو بشرط عدمه أمن العنت والطول نقلا اللخمي عن أكثر قول ابن القاسم، وأكثر قول مالك، وعزاهما ابن رُشْد لمشهور قوليهما، ولم يذكر الجلاب والتلقين غير الثاني.

ابن رُشْد: وعلته خوف إرقاق الولد، وعليه إن كانت أمة من يعتق عليه ولد الزوج، أو كان لا يولد له كالحصور؛ جاز مطلقًا اتفاقًا.

قُلتُ: ما جعله تخريجًا ذكره اللخمي كأنه المذهب.

قال: نكاح كل أمة ولدها به حر؛ جائز كأمة الأب والأم والجد والجدة، ولو بعد أو أمة الابن على إجازة ابن عبد الحكم نكاحها، ومالك الأمة حر في الجميع، وكذا نكاح من لا يولد له كالحصور والخصي والمجبوب والشيخ الفاني، ونحوه قول عياض: نص مالك في المبسوط على أن العلة إرقاق الولد، وطرد على أصله جواز إنكاح الابن أمة أبيه، وكذا إماء الأمهات والأجداد والجدات، وتعقبه ابن بشير بقوله: هذا بناءً على

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (رقها)؛ أي: رق المرأة مدة الكفر أشار إلى أن الأمة الكافرة الكتابية لا يجوز تزويجها مدة كفرها، وكذلك المجوسية، فإن أسلمت؛ جاز نكاحها للعبد، وأما الحر؛ فهو كذلك على قول أو بشرط عدمه، أو من العنت والطول على آخر، وهو ظاهر.

وقوله: (حسبما سيأتي)؛ يعني عند قوله: الكافرة إن كانت كتابية أمة.. إلخ؛ فحاصله أن الكتابية الأمة توطأ بالملك، ولا يصح وطؤها بالنكاح، ولو كان عبدًا، ولا يزوجها ربها من عبده المسلم، والمجوسية لا يجوز وطؤها بنكاح، ولا بملك، والله الموفق.

عكس العلة، وفيه خلاف، وهذا إن كانت مستنبطة، وهي الموجبة للحكم، والحكم هنا للظاهر، وعضد بالتعليل، وقد ذكر اللخمي للمنع وجهًا آخر هو أن الأمة تنقطع للسيد، ولا يؤمن عليها، ومعلوم قلة تصونهن، وهذه العلة ترد ما قاله.

قُلتُ: ما ذكره عياض من نسبة التعليل لمالك يرد هذا التعقب، وزعمه أن المستنبطة هي الموجبة للحكم دون استناد لظاهر خلاف المعلوم في أصول الفقه، ولا تكون كما قال إلا في الفروع المقيسة فقط دون الأصول المقيس عليها، وهذا شيء لا أعرفه.

وفي الطول طرق:

الباجي: في كونه الحرة تحته أو المال روايتا ابن القُصَّار مع محمد، وابن وَهْب مع ابن نافع فيها، فعلى أن الحرة ليست طولاً كذا الحرتان والثلاث، وله نكاح الأمة لوجود الشرطين رواه عبد الملك، وعلى أنه المال في كونه مهر الحرة فقط، أو مع النفقة والمؤنة رواية محمد وقول أَصْبَغ.

اللخمي: هو الصواب؛ لأنه يطلق عليه بعدم نفقتها إلا أن يجد من تتزوجه بعد علمها بذلك.

قال ابن رُشْد: بعد ذكرهما غير معزوين اختلف أيضًا في كون الحرة عنده طولا أم لا؟.

الشيخ: في الواضحة عن ابن الماجِشُون: الطول: المال، ولو كان دينًا إن كان على ملي يمكن بيعه، وما على عديم لغو.

قُلتُ: وكذا على ملي غائب؛ لامتناع بيعه على المشهور.

قال: والمدبر والمعتق لأجل والآبق، ولو قرب إباقه، وما أعمر من عبد أو مسكن لغو، والكتابة والدار التي أسكنها سنة معتبران؛ لجواز بيعهما، والبعير الشارد معتبر ما لم يبعد.

الباجي: انظر قوله في المدبر مع إمكان بيع منافعه، وإجازته المدة غير الطويلة.

قُلتُ: وكذا المعتق لأجل طويل.

ابن الحاجب: الطول قدر ما يتزوج به الحرة المسلمة، وقيل: أو يشتري به أمة،

وقيل: أو وجود الحرة في عصمته لا الأمة، وقيل: أو الأمة؛ فلذا جاء في نكاح الأمة معها عاجزًا عن حرة أخرى قولان، وجاز مع الأمة اتفاقًا.

قُلتُ: قوله: المسلمة؛ يقتضي أنه المذهب، ولا أعرفه إلا لابن العربي، وظاهر الروايات والأقوال عدم اعتباره، ونص مالك وغيره على علية إرقاق الولد تزيفه، وقول عياض: اختلف العلماء في القدرة على نكاح حرة كتابية هل هو طول وهي مقدمة على الأمة المسلمة أم ذلك خاص بحرائر المسلمات؟ والذي نصره حذاق الشافعيَّة أنها كالمسلمة؛ لأن العلة إرقاق الولد وهو نص مالك لا يثبت؛ إذ لم نضفه للمذهب؛ بل ذكره تعليل مالك ينفيه عنه، ونقله قدر ما يشتري به أمة طول لا أعرفه، لكن هو مقتضى علية إرقاق الولد.

وقوله: وجاز مع الأمة اتفاقًا متناقض؛ لأن قوله مع وجود الأمة اتفاقًا إن أراد في عصمته ناقض نقله الأول: أن الأمة في عصمته طول، وإن أراد في ملكه - وبه أجاب ابن عبد السلام عن هذا التناقض - ناقض نقله أولاً أن الطول قدر ما يشتري به الأمة، ولا يجاب بأنه لا يلزم من كون ما يشتري به الأمة طولاً كون الأمة في ملكه طولاً، كما لم يلزم من كون وجدان مهر الحرة طولاً كون الحرة تحته طولاً؛ لأنه قد قيل بلزومه، وهو أن الحرة تحته طول، فتكون الأمة عنده كذلك؛ فلا اتفاق.

الباجي: إن لم يزل خوف العنت إلا بنكاح أربع إماء؛ جاز له، وإن زال بواحدة فقال ابن الماجِشُون: لا يجوز غيرها، وظاهر رواية محمد إباحة الأربع بعدم الطول، وخوف العنت قبل نكاح واحدة منهن.

وفيها: كم يتزوج الحر من الإماء؟.

في قول مالك: قال: ما سمعت منه فيه شيئًا، وأرى إن خشي العنت؛ فله أن يتزوج ما بينه وبين أربع.

ابن بشير: لو تزوج الأمة بشرطها؛ ففي جواز الزيادة عليها لأربع قولان؛ بناء على اعتبار الشرطين في كل أمة أو إباحة واحدة تصيره من أهلها.

اللخمي: لو خشي العنت في أمة معينة؛ ففي منعه نكاحها، وإجازته قولاه في

الموازيَّة والواضحة، فصرح المتيطي بأنهما روايتان، واختار اللخمي: إن كان عزبًا تزوج حرة؛ ليذهب ما به لقوله ﷺ: «**إذا أبصر أحدكم امرأة فأعجبته فليأت أهله فإن ذلك يرد ما في نفسه**»[1]، وإن كان ذا زوجة؛ لم تكفه تزوج حرة وإلا تزوج الأمة.

وخرج ابن بشير الروايتين على تفسير العنت بالزنى أو الهوى.

ابن العربي: إن لم يجد إلا حرة بمهر هو لكثرته سرف حلت له الأمة.

وقول ابن الحاجب: على الأصح لا أعرف مقابله، وإشارة ابن عبد السلام إلى تخريجه من قولهم في واجد ما يشتري به الرقبة في الظهار والكفارة: أنه لا يصوم، ولو كان جميع ماله يرد بأن الكفارة في الظهار مجمع عليها، وفي شرط الطول خلاف مشهور، وفي غيره على التراخي، ولا مفسدة ولا مشقة في تأخيرها؛ لوجدانها دون سرف بخلاف التأخير في مسألتنا.

والعنت: الباجي: في الموطأ: الزنى[2].

وقال أَصْبَغ: قال ربيعة - وهو من أوعية العلم -: هو الهوى، وتقدم إجراء ابن بشير قولي مالك عليهما، والأكثر على نقل الأول فقط.

وفي ثالث نكاحها: من عقد على حرة وأمة معًا، وسمى مهر كل منهما؛ رجع مالك عن فسخه في الأمة فقط إلى صحته، وتخير الحرة في نفسها إن جهلتها لا إن علمتها، فقيل: إن وجد طولاً فسد فيهما.

زاد عياض: وكذا إن لم يجده على إحدى روايتيها، ورواية محمد: أن الحرة تحته طول.

وقال سَحنون: يفسخ فيهما.

قُلتُ: فرضه غير واحد الطول مع تزويجه إياها بمهرها متنافٍ إلا بزيادة، وعدم كفايتها إياه، أو بما يأتي اعتذارًا في كلام الباجي، ولا يلزم من كون الحرة تحته مانعة

---

(1) أخرجه مسلم: رقم: 1403، كتاب النكاح، باب ندب من رأى امرأة فوقعت في نفسه إلى أن يأتي امرأته أو جاريته فيواقعها.

(2) أخرجه مالك في الموطأ: 769/3، باب نكاح الأمة على الحرة، رقم (1966).

كونها كذلك مقارنة؛ إذ لا يلزم من منع أمر سابق أمرًا لاحقًا له منعه إياه، مقارنًا له؛ كإعطاء فقير أكثر من نصاب مرة واحدة.

اللخمي: إن علمت الحرة بالأمة، ولم تكفه الحرة، ولا طول لأخرى؛ صح فيهما إلا على رواية: أن الحرة تحته طول، ومقابلهما يوجب حق الحرة، وفسخ نكاح الأمة إن أسقطت حقها بقي الآخر، وإن علمت بها، وكفته الحرة، أو وجد طولاً لأخرى؛ فسد في الأمة، ولا حق للحرة، ومقابله مقابله، وحق الحرة تخييرها حسبما يأتي.

وفيها: لمالك: الحر يتزوج الحرة على الأمة للحرة الخيار إن جهلتها، وإلا فلا.

ابن القاسم: إن كانت تحته أمتان، علمت إحداهما فقطح فلها الخيار، كما لو رضيت أمة تزوجها عليها لها الخيار إن تزوج أخرى.

ابن بشير: قيل: لا خيار لها إن رضيت واحدة، فوجدت اثنتين، وذكرهما في الكافي روايتين.

اللخمي: رجع مالك عن قوله: لا خيار لها في تزويجها على أمة إلى ثبوته لها، وتعليل الأول بتفريطها غير بين؛ لأن كون الأمة تحت الحر نادر، وعزا الشيخ ما رجع إليه مالك لمحمد عن رواية ابن القاسم وابن وَهْب، وما رجع عنه لرواية أشهب والمختصر وابن زرقون لأشهب لا لروايته.

ابن شاس: ولا يفسخ نكاح الأمة، ولو قلنا: الحرة تحته طول؛ لأن الشرط لا يراعى إلا في ابتداء النكاح لا في دوامه، ولا يأمن عود العذر بعد ذلك.

قُلتُ: للخمي وابن زرقون عن ابن حبيب: يفسخ نكاح الأمة بتزويجه الحرة عليها.

وفيها: لمالك: لا ينكح أمة على حرة، فإن فعل؛ جاز النكاح، وللحرة أن تختار نفسها.

الباجي: في نكاحها على الحرة ثلاث روايات: لا يجوز، وإن عدم الطول الذي هو المال أو خاف العنت؛ لأن الحرة تحته طول، ويجوز، ولولم يعدم طولاً، ولم يخف عنتًا، والثالثة: تجوز مع عدم الطول وخوف العنت لا مع وجود الطول وأمن العنت، والطول في القولين الأخيرين أظهر في المال، ويجوز أن يراد به الحرة.

قُلتُ: لا يشكل جواز كونه الحرة على الأخير؛ لأنها لا تحصل إلا بمال، فكونها طولاً هو كونه المال؛ لأن المعني بأن الطول المال هو ملكه المال، فلا يلزم من كونها لا تحصل إلا بمال كونها المال؛ لجواز قدرته عليها بإنكاحه إياها غيره دون تمليكه مهرها.

قال: وإذا قلنا بتزوجها على الحرة؛ فلها الخيار.

وفي كونه في أن تقيم أو تفارق، أو في رد نكاح الأمة قولان لها، ولابن الماجِشُون.

قُلتُ: زاد ابن سَحنون: وللمغيرة: قال ابن الماجِشُون: والكتابية كالمسلمة.

قال الباجي: وفيها: يفرق بينهما، وقاله أشهب وابن عبد الحَكم وأَصْبَغ.

قال ابن القاسم: ثم رجع فقال: تخير الأمة، واختاره ابن القاسم.

اللخمي: اختلف قوله في كون خيارها في طلاقها أو طلاق الأمة، وأرى أن تخير في بقاء الأمة معها، فإن أبت؛ خير الزوج في طلاق أيهما شاء أحب، وأستحسن إن أراد طلاق الحرة أن يعلمها ذلك، فقد ترضى حينئذ بالبقاء.

وفيها: لم جعل للحرة الخيار؟.

قال: قال مالك: إنما جعلناه لما قالت العلماء، ولولا قولهم لرأيته حلالاً؛ لأنه حلال في كتاب الله.

وجواب استشكال دلالة لولا على تقليده فيما لم يضق وقت العمل به عن النظر فيه أن مراده بالعلماء الصحابة ﷺ، وهو حجة عند قوم، ودليل الكتاب غير نص حسبما يأتي.

الباجي: عن ابن حبيب: سألنا ابن القاسم في أي آية هو حلال؟.

قال: لا أدري.

محمد: يريد في آية: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾ [النور: 32]، وهي ناسخة آية: ﴿وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ﴾ [النساء: 25].

الباجي: وفيه نظر؛ لأن آية النساء أخص، فيجب تقديمها، ولا يثبت النسخ إلا بدليل.

ابن بشير: ثم تأول أنه آية النور بدليل أن طريقتها بطريق أن دلالتها على الإباحة بالعموم، ودليل آية النساء على المنع بالمفهوم، فإن قلنا بلغو دلالة المفهوم فواضح وإلا

قدم العموم عليه، وفيه خلاف.

قُلتُ: وهذا لا ينافي ما قاله محمد؛ فلعله مراده.

الباجي: ويحتمل أنه حلال بالشرطين وأن الحرة تحته لا تمنعه؛ لأنها ليست طولاً؛ فلا خيار لها، وهو جواب السائل عن موجب خيارها.

ابن رُشْد: إن تزوج حر أمة على حرة أو بالعكس؛ فعلى جوازه دون شرط لا كلام للحرة إلا على قول التونسي، ولا يصح إلا على قول ابن الماجِشُون: للحرة الخيار إن تزوجها عبد على أمة، أو أمة عليها، وعلى اعتبار الشرطين؛ ففي تخيير الحرة في نفسها مطلقًا، أو إن كانت ثانية، وإلا ففي الأمة، ثالثها: إن كانت الأولى؛ ففي الأمة وإلا فلا حق لها، ورابعها: فسخ الثانية منهما مطلقًا، وخامسها: إن كانت الأمة وإلا فلا.

قال: وعلى شرط الأمرين لو تزوج أمة به، ثم وجد طولاً؛ ففي إلزامه أن يفارقها ثالثها: إن تزوج الحرة، ولو زال خوف عنته؛ لم يلزمه اتفاقًا.

ابن بشير: المذهب ليس عليه فراقها.

الباجي عن ابن القُصَّار: هو قول كافة العلماء غير المزني، وعزا اللخمي ثاني أقوال ابن رُشْد لمالك، وثالثها لابن حبيب، وأخذه من قول ابن القاسم في الموازيَّة: لو فرق بينه وبين الأمة ثانية على الحرة؛ لفرق بينه وبين الأمة في عكسه؛ لأن الأمر فيهما سواء على قوله الأخير: لا يتزوج الأمة إلا بشرط الأمرين.

ابن بشير: ما أبعد هذا؛ لأنه تخريج للخلاف في الأصل منه في الفرع.

قُلتُ: يرد بأن حاصل قول ابن القاسم استدلال بتلازم استثني فيه نفي اللازم، فأخذ منه اللخمي ثبوته من قوله لابن القاسم بثبوت الملزوم؛ وهو دليل جودة فطرته مع كونه على ما قال المازري عنه أول كتاب الجنائز.

وفيها: قلت: أتختار نفسها بالثلاث؟.

قال: لم أسمعه من مالك، ولا تختار إلا بواحدة تملك بها نفسها، وعزاه الشيخ له ولمُطَرِّف.

الصقلي عن محمد: إن فارقت بالثلاث؛ لزمت وأساءت، ونقله الباجي: وخالفت السنة.

قال: وهذا إن كانت الحرة الثانية، وأما إن كانت الأولى؛ فليس لها إلا طلاق نفسها واحدة بائنة، ولا فرق بين الموضعين، فتتخرج الرواية فيهما، ولو فارقته قبل البناء؛ ففي سقوط نصف المهر مطلقًا، أو إن كانت الثانية نقلا عبد الحق عن جوابه ابن عبد الرحمن وغيره من القرويين محتجًا لهم بأنها أولى كمخيرة، أو مملكة قبل البناء، وثانية كقائمة بعيب، ورده ابن عبد الرحمن: بأن المخيرة جعل الزوج لها الطلاق، ولم يجعله لهذه.

قُلتُ: وعليهما سقوط إرثها له لو كان في مرضه مطلقًا أو إن كانت الثانية.

وفيها: يتزوج العبد من الإماء أربعًا، وإن لم يخش العنت في قول مالك، ونقله الباجي غير معزو على أنه المذهب.

ابن زرقون: عن القاضي عن عبد الملك: إن كان تحته حرة؛ فلا يتزوج أمة.

وفيها: لا خيار لحرة تحت عبد في نكاحه إياها على أمة أو أمة عليها.

الباجي: قاله كل أصحابه إلا ابن الماجِشُون قال: لها معه ما لها مع الحر.

وفي نقله ابن الحاجب مقابلاً للمنصوص تعقب، وجواب ابن عبد السلام بأن قول ابن الماجِشُون إنما هو في هاتين الصورتين، وعمومه فيما بقي من الصور إنما هو بالتخريج، يرد بأنه لا باقي بعد الصورتين إلا المقارنة لها، وقوله في غيرها: أحرى فيها ومثل هذا لا يقال فيه تخريج، ويمنع حصر قوله في الصورتين؛ لأن نص قوله على ما نقله الباجي والشيخ: للحرة معه مثل ما لها مع الحر.

وتبوء زوجها الحر بها بيتًا فيها: إن طلبه أو وطئها فقال ربها: هي الآن في شغل ولا أبوءها معك بيتًا قال: لم أسمع من مالك فيه حدًا إلا قوله: ليس له منع زوجها إصابتها ولا لزوجها أن تبوأ معه بيتًا إلا برضى ربها، وليس له أن يضر بالزوج فيما يحتاج إليه من جماعها، وولا للزوج أن يضر به في خدمتها.

ابن حارث: إن لم يشترط تبوءها معه بيتًا؛ فليس له اتفاقًا.

اللخمي: إن اشترطه؛ فهو له.

ابن بشير إن لم يشترطه وتشاحا؛ حكم بالعادة في ذلك.

ابن حارث: لو كان إلي لكان النكاح دون بيان المثوى، وقدر خدمتها، وذكر تبوئها ومكانه فاسدًا، بأقل من هذا الغرر يفسد النكاح.

الشيخ واللخمي عن ابن الماجِشُون: ترسل إليه ليلة بعد ثلاث.

اللخمي: والمدبرة والمعتقة لأجل كالأمة، وأم الولد كالحرة، وله أن يضم المكاتبة إليه، ولا يمنعها ما كانت عليه من السعي، فإن عجزت؛ فكالأمة، وله ضم المعتق نصفها في يومها.

وفيها: إن باعها بموضع لا يقدر الزوج على جماعها أيكون لبائعها مهرها؟.

قال: لم أسمعه، وأراه عليه أو نصفه إن طلقها، وقيل له: أطلبها، وخاصم من منعك؛ فحملها اللخمي على ظاهرها فقال في الموازيَّة: من قتل أمته قبل بناء زوجها بها؛ لم يسقط مهرها، ويلزم عليه لو كانت حرة قتلت نفسها؛ لم يسقط مهرها، والقياس فيهما سقوطه كما لو منعت نفسها، وطلبت مهرها.

قُلتُ: يرد بأن العداء في منعها نفسها تعلق بنفس عوض المهر وهو المتعة، وفي صورتي القتل؛ إنما تعلق بغيره، وهو ذات الزوجة.

وفي سرقتها: لو أقر شهيدًا الطلاق قبل البناء بالزور؛ غرما نصف المهر، وفي رضاعها: لو تعمدت امرأة رجل إرضاعها زوجة ابنه؛ فسخ النكاح ولا مهر.

قُلتُ: لأن متعلق العداء في الرضاع نفس ثبوت النسبة لا رفع العصمة، وقيدها عياض فقال: معنى المسألة أن مبتاعها سافر بها حيث يشق على الزوج لضعفه، ولو منع منها لظلم مبتاعها، وأنه لا يقدر عليه؛ سقط عن الزوج المهر، وقضي على البائع برده، ومتى قدر الزوج على الوصول إليها دفعه، وقاله أبو عمران.

قُلتُ: وقبله الصقلي.

اللخمي: لربها السفر بها، وبيعها ممن يسافر بها، ولو شرط الزوج أن تأوي إليه بالليل، ولو شرط أن تكون عنده كالحرة؛ منع ربها السفر بها، والقياس أن لا يجوز بيعها إن شرط زوجها انقطاعها عنده كالحرة؛ لأن المشتري اشترى ما لا منفعة له فيه.

ونفقتها وزوجها حر.

قال اللخمي: إن شرطت عليه أو شرط ضمها إليه؛ لزمته، وإلا فثالثها: إن كانت تأتيه، ورابعها: في وقت إتيانها له فقط، وخامسها: على ربها إرسالها إليه ليلة في كل أربع ليال على زوجها نفقتها في تلك الليلة ويومها، ولو ردها صبيحتها، لها ولإحدى روايتي

محمد، وثانيتهما وابن الماجِشُون ولابن حبيب عنه.

قُلتُ: زاد الشيخ عنه: ولو تركها عند ربها تلك الليلة ويومها؛ لزمته نفقتها فيهما، ولو شرط ضمها إليه؛ لزمه نفقتها، ولم يكن له ردها لربها؛ ليسقط نفقتها، ولو شرط حبسها عند ربها؛ لم يلزمه إرسالها في كل أربع ليال.

ابن حارث: نفقتها وقت كونها عند زوجها عليه اتفاقًا.

وفي كونها عند ربها خلاف.

ابن الماجِشُون: على ربها، وقاله ابن القاسم مرة، ومرة: على زوجها، وقاله مالك مرة، ومرة: إن أسلمت تبيت عنده وإلا فلا، وقاله ابن القاسم وسَحنون.

قُلتُ: نقل ابن حارث: الاتفاق وقت كونها عند الزوج خلاف رابع.

اللخمي: وذكر ابن بشير خمسة.

اللخمي: وأسقط رابعها، وذكر قوله: إن تبوأت معه بيتًا؛ وجبت وإلا سقطت، وهو خلاف ما نقله اللخمي من الاتفاق.

ونفقتها وزوجها عبد: اللخمي: على سقوط نفقة زوجته الحرة عنه، الأمة كذلك، وعلى ثبوتها هو معها كالحر والمدبرة والمعتقة لأجل مثلها.

قُلتُ: والمعتق بعضها في يومها كالحرة، وفي يوم ربها كالأمة.

ونقل اللخمي خمسة الأقوال في الحر نصًا، وأجراها في العبد.

وعكس ابن الحاجب نقل في الحر قولين وفي العبد أربعة.

ونفقة زوجته الحرة: قال اللخمي: في وجوبها عليه قولان لها ولأبي مصعب.

وروى محمد: أحب شرطها عليه بإذن ربه في عقد نكاحه.

وفي الموازيَّة: منع شرطها على ربه، وأجازه أبو مصعب، وأراها عليه إن كان تاجرًا متصرفًا لنفسه بماله، وإن كان عبد خدمة؛ لم تطلق عليه بترك النفقة كقول مالك فيمن تزوجت من علمت فقره إلا أن تظن الزوجة أن العبد كالحر الموسر؛ فلها المقال، والمدبر والمعتق لأجل مثله، والمكاتب كالحر، والمعتق بعضه في يومه كحر، وفي غيره كالعبد.

وفي ثاني نكاحها: نفقة زوجة العبد حرة أو أمة في ماله إن كان لا في كسبه وعمله،

فإن لم يجد غيره؛ فرق بينهما إلا أن يطوع ربه بها.

اللخمي: نفقة العبد المخارج من ماله لا من فضل خراجه إلا بإذن ربه أو عادة بذلك.

وقال محمد: إن عجز عن النفقة، وعليه خراج لربه؛ فلا شيء له حتى يبدأ بخراج ربه، فجعل لها الإنفاق من فاضل خراجه؛ فلعله لعادة.

قُلتُ: ولعله فيما ملكه بعطية لا في خراجه، وقدم الخراج على النفقة لرعي القول بسقوطها.

ومهر الأمة في كونه كمالها لربها أخذه، ولزوم تجهيزها به كالحرة قولا ثاني نكاحها ورهونها.

عياض: قيل: اختلاف، وقيل: هذه بوئت والأخرى لم تبوأ، وعندي أنها وإن لم تبوأ؛ فحق الزوج في تطييبها، وتزيينها منه لازم.

اللخمي: في لزوم تجهيزها به وصحة انتزاعه ربها دونه، ويترك لها ربع دينار، ثالثها: إن زوجها من غير عبده لرهونها، ومحمد عن ابن القاسم، وأَصْبَغ مع ابن عبد الحكم، ولم يحك أبو عمر في الكافي غير الثاني.

زاد الشيخ في نقل محمد: إن باعها ربها؛ فهو أحق به، فظاهره: أنه رابع.

ابن حبيب: لو استثنى مبتاعها مالها؛ لزمه تجهيزها به كما كان في البائع، واختلف فيه قول ابن القاسم.

وسمع سَحنون ابن القاسم: لربها أن ينتزع مهرها.

سَحنون: لا أراه لمنع مالك قضاء الحرة دينًا منه.

ابن رُشْد: في صحة انتزاعه، ولزوم تجهيزها به، ثالثها: إلا ربع دينار، ورابعها: يجهزها منه جهاز مثلها لدليل قول ابن القاسم في ثاني نكاحها، وسَحنون مع رواية رهونها، وبكير بن الأشج في ثاني نكاحها وابن حبيب، والأول أقيس، والثاني إجراء على المذهب، والأخيران استحسان، وقول ابن الحاجب: له أخذه إلا قدر ما تحل به على المنصوص يتعقب بأن مقابله منصوص حسبما تقدم لابن رُشْد، وقول ابن الحاجب معها: يجوز وضع ربها من مهرها دون إذنها واضح لانحصار الحق فيه لها، ولربها،

وللزوج وما لها لربها.

وقول ابن الحاجب: إن قتلها السيد؛ لم يسقط بنى، أو لم يبن هو قول اللخمي.

في الموازيَّة: إن قتل السيد أمته قبل البناء؛ فله الصداق، وعليه يكون للحرة إذا قتلت نفسها الصداق، وهذا كقولها: إذا باع السيد أمته بموضع لا يقدر الزوج على جماعها؛ فله الصداق، ولا أرى للزوجة في جميع ذلك شيئًا إذا كان الامتناع منها أو من السيد إن كانت أمة.

قُلتُ: مسألة بيع السيد حيث ذكر أخف لرجاء وصول الزوج لزوجته، ولا رجاء مع الموت، والمذهب: لربها منع الزوج منها حتى يقبض مهرها كالحرة.

في ثالث نكاحها: إن باعها من غير زوجها؛ فمهرها لربها، ولو قبل البناء إلا أن يشترطه المبتاع، فكونه لا حق لهما في منع زوجها منها حتى يدفع مهرها في بيعها قبل البناء واضح؛ لسقوط حق البائع فيها، والمبتاع في مهرها، ولو استثنى المبتاع مهرها؛ كان كبائعها قبل بيعها، وفيه لو باعها من زوجها بعد البناء؛ فمهرها لربها، وقبله ساقط إن قبضه رده.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من قبض مهر أمته، فباعها السلطان في فلسه من زوجها قبل بنائه لا يرجع زوجها بمهرها على ربها؛ لأن السلطان هو الذي باعها منه.

ابن رُشْد: ظاهره: لا يرجع عليه شيء منه، وليس بصحيح؛ لأنه لا يجب جميع المسمى إلا بالموت، وإنما معناه: لا يرجع بجميعه؛ بل بنصفه فقط؛ لأن الفرقة من قبله باشترائه عالمًا أنها زوجته تحرم باشترائه، فصار كمطلق، ولو اشتراها جاهلاً أنها امرأته رجع بكل المهر على ربها لقول ثالث نكاحها: من لم يبن بامرأته حتى تزوج أمها، وبنى بها جاهلاً بها؛ حرمت عليه امرأته، ولا شيء عليه من مهرها؛ لأنه تحريم لم يتعمده، وهو محمول على عدم العلم حتى يثبت إن قال: لم أعلم حلف، ورجع بجميع المهر، ونص قولها: لا شيء لربها من مهرها إن باعها قبل البناء هو دليل لفظ السماع؛ لأن السلطان هو الذي باعها، وإنما سقط المهر مع علم الزوج أنها زوجته، وجعل الفسخ من قبل ربها دونه؛ لأن ربها كان أملك بالبيع، فغلب أمره.

قُلتُ: وكذا الزوج كان أملك بعدم شرائها؛ بل موجب ذلك أن علم كل منهما

يوجب قصده الفسخ، والفسخ سبب في سقوط المهر، وقاصد السبب قاصد مسببه، فألزم كل منهما مقتضى قصده، ومقتضاه من ربها سقوط المهر، وكذا هو من الزوج لا ثبوته يوجب الحكم بمقتضى القصدين، وهو سقوط المهر، وإنما يكون قصد الزوج الفسخ موجبًا للمهر حيث يكون محض عداء استقل به.

قال: ولو باعها ممن جهل أنه اشتراها لزوجها كان كبيعها السلطان، ولعيسى في كتاب القطعان: بيع السلطان كبيعه، ويرجع عليه بكل المهر، وهو بعيد ضعيف.

قُلتُ: ذكر الصقلي: أن أبا عمران عاب رواية أبي زيد وضعفها.

وقال: اختلف في ذلك قول ابن القاسم، وقد روى لنا الباجي عن سماع عيسى: بيع السلطان كبيعه، وتأول بعضهم قوله في رواية أبي زيد: لا رجوع للزوج عليه بالمهر؛ يريد: لا يرجع في ثمن الأمة، فيحاص غرماء ربها؛ لأن فسخ النكاح إنما هو بعد عقد البيع، فهو كدين طرأ من معاملة حادثة.

وقول ابن عبد السلام: (حكى ابن الجلاب في الأولى وجوب نصف المهر، وهو يشبه قول ابن سَحنون: إن فرقة شراء أحد الزوجين الآخر صاحبه بطلاق) لم أجده فيما رأيته من نسخه، وقوله: تأويل بعضهم أقرب؛ لأنه قول ابن القاسم في غير مسألة أشهرها في ذلك قوله في العتق الأول: إن باع عبدك سلعة بأمرك، ثم أعتقته، ثم استحقت السلعة، ولا مال لك؛ فلا رد للعتق؛ لأنه دين لحقك بعد إنفاذه.

قُلتُ: أبين من ذلك مسألة رهونها؛ وهي من زوج أمته، واستهلك مهرها قبل البناء وأعتقها، ثم طلقت قبل البناء، ولا مال للسيد؛ لم يرد عتقها؛ لأن الدين إنما لزم السيد حين طلق الزوج لا يوم العتق.

قال عياض: سقطت هنا لابن عتاب، وثبتت في سائر الروايات والأصول منها نقلها المختصرون والشارحون، وقد يفرق بين مسألة النزاع ومسألة العتق الأول بالاتفاق على وجوب ثمن الثوب بالعقد بطرو الطلب به للاستحقاق كأمر حادث.

وفي ثبوت نصف المهر بالعقد خلاف مشهور، فكان طلبه للفسخ كدين سابق حل، والتمسك بمسألة كتاب الرَّهن هو من تعليلها.

أبو حفص: القياس عدم رجوع الزوج في شرائه زوجته قبل البناء بشيء؛ لأنه قد

يشتريها بزيادة درهم على سوم غيره، فلو سقط المهر؛ كان مشتريًا لها بأقل مما كانت على غيره، وأجاب بأنه كمن ابتاع حجرًا بان أنه ياقوتة، ولو باعها السلطان لدين؛ لنودي عليها على أنها ذات زوج، ولم يبعها منه إلا بزيادة المهر، وما يزاد عادة.

وقال عبد الواحد: بزيادة نصف المهر لا المهر، ولا حجة له بقدرته على الطلاق؛ لأن ما ينقصه الطلاق عن المهر قد يكون أقل مما يزاد في ثمنها؛ لزوال عيب تزويجها كما لو كانت قيمتها معيبة عشرين وسليمة أربعين ومهرها عشرون، لو بيعت منه بزيادة نصفه؛ والزيادة المعتادة وهي دينار حصل للغرماء أحد وثلاثون، ولو طلقها؛ حصل لهم أربعون.

قُلتُ: إنما يلزم هذا لو كان الطلاق لازمًا، والحق اعتبار الأكثر مما يحصل في ثمنها منه بعد إسقاط المهر، وفي ثمنها من غيره مع المهر، وعدم اعتبار ما ينتفع به من زوال عيب تزويجها؛ لأنه لوصف خاص به كبيع إمام على مفلس أحد خفين له من بعض جمع فيه من يملك مماثل الخف المبيع لا يعتبر فيه علو قيمته بعد شرائه مالك مماثله؛ بل قيمته منفردًا.

أبو حفص: لو باعها مبتاعها قبل البناء من زوجها؛ رجع بمهرها على ربها؛ لأنه السبب في بيعها منه.

قُلتُ: هذا أبعد من بيعها السلطان في الفلس.

وفيها: من أعتق أمة زوجها بتفويض قبل فرض زوجها لها؛ لم يصح استثناؤه مهرها؛ لأنه قبل ثبوته.

ابن محرز: قول بعض المذاكرين: هذا على قول ابن القاسم في سقوط المال: في أنت حر وعليك، وعلى قول مالك: يلزمه؛ يكون المهر للسيد؛ لأنه وإن لم يجب؛ فهو كما لو جعل في ذمتها بعتقها غلط؛ لأنه لم يجعله في ذمتها إنما استثناه من حيث كونه لها وهو ليس لها.

وفيها: مهر المعتق بعضها بيدها كمالها.

الصقلي عن بعض الشُيُوخ: إنما كان لها بخلاف أرش جرحها بينها وبين مالك بعضها؛ لأن الأرش عوض عن جرحها وهو بينهما، والمهر سماه الله تعالى نحلة، فكان

كمالها، ولأن الأرش بسبب لم يأذن فيه ربها، والمهر لسبب أذن فيه.

ابن الحاجب: لو قال: أعتقتك لتنكحيني؛ لم يلزمها الوفاء، وكذا المرأة لعبدها.

ابن عبد السلام: إن وافقته على أن عتقها وقع على شرط أن تتزوجه استحب لها الوفاء به.

قُلتُ: في عتقها الثاني: من أعتق أمته على أن تنكحه أو فلانًا غيره فامتنعت؛ فهي حرة لا يلزمها نكاح إلا أن تشاء، وكذا لو أعطى رجلٌ رجلاً ألف درهم على أن يعتق أمته، ويزوجها منه، فأعتقها؛ فهي حرة، ولها أن لا تنكحه، والألف لازمة للرجل.

قُلتُ: الأظهر سقوط ما زاد على قيمة الأمة من الألف، أو مناب التزويج منها؛ لأنه على الأمرين أعطاها، ولابن حارث عن ابن حبيب وابن الماجِشُون والمغيرة وأَصْبَغ: تفض الألف على قيمة الأمة ومهر مثلها، فما نابه؛ رد لدافع الألف.

الكافرة: إن كانت كتابية أمة؛ ففي ثالث نكاحها: توطأ بالملك لا بنكاح المسلم، ولو كان عبدًا، لمسلم كانت أو ذمي، ولا يزوجها ربها من عبده المسلم.

وللصقلي: قيل لابن القاسم: أيزوج المسلم أمته النصرانية من نصراني أو غيره؟.

قال: نعم، ليس من قبيل الولاية؛ بل من قبيل أنها ماله.

الصقلي: أما من غير مسلم؛ فجائز ومنه لا يجوز.

اللخمي: أجاز أشهب: لمن أسلم على أمة نصرانية البقاء عليها؛ لتقدم نكاحها في وقت لم يخاطب فيه بشرط، فأشبه من نكحها في الإسلام بالشرطين، ثم ارتفعا؛ فبقاؤه عليها جائز.

وذكر الباجي قول أشهب وقال: قال الشيخ: يريد: إن أعتقت أو أسلمت لذكر محمد بعد هذا عن أشهب مثل قول ابن القاسم: أنه يفارقها.

قُلتُ: للشيخ عن محمد عن ابن القاسم: من نكح حربية، ثم سباها المسلمون، فأحب إلي أن يفارقها؛ لأنها الآن أمة، وقال أَصْبَغ: بل واجب فسخه.

قُلتُ: ففي وجوب الفسخ ثالثها: يستحب لمعروف قول ابن القاسم مع أشهب مرة، وأَصْبَغ ومعروف قول أشهب، وقول ابن القاسم، والحرة الكتابية؛ المذهب كراهة نكاحها.

وفيها: يجوز للمسلم نكاح الحرة الكتابية؛ إنما كرهه مالك، ولم يحرمه لما تتغذى به من خمر وخنزير وتغذي به ولده، وهو يقبل ويضاجع؛ ليس له منعها من ذلك، ولا من الذهاب للكنيسة.

المتيطي: وقيل: لأنها قد تموت حاملاً، والجنين ابن المسلم، فتدفن به في مقبرة الكفار حفرة من النار، وقيل: لأنه يوجب مودة منه لها لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً﴾ [الروم: 21] مع قوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ...﴾ الآية [المجادلة: 22]، وقال أبو إبراهيم في كتاب طلاق السنة لمحمد: للرجل منع امرأته النصرانية من شرب الخمر وأكل الخنزير والكنيسة إلا للفريضة، ولا يمنعها صومها ولا يطؤها، وهي صائمة؛ لأن صومها من دينها، وليس شرب الخمر، وأكل الخنزير منه.

وروي عن مالك غير هذا، وأظنه وهمًا، وما أخبرتك هو أحب إلي، وقاله ابن وَهْب قال: لأنها كما رضيت أن يملكها مسلم؛ كان له أن يمنعها ذلك.

وفيها: كره مالك نكاح الحربية لتربية الولد بدار الحرب، وأنا أرى أن يطلقها، ولا أقضي عليه.

أبو عمر: كرهه مالك من أجل السباء والولد.

عياض: كراهته الحربية أشد من الذمية بدار الإسلام، وأشد ما علل به فيها سكناه معها بدار الحرب حيث يجري حكمهم عليه، وهو حرام بإجماع جرحة.

قُلتُ: فتخرج كراهة تزويجها الأسير، ومن لا يمكنه الخروج.

قُلتُ: لا يجوز وطء مجوسية بنكاح ولا بنكاح.

ابن شهاب: ولا قبلة ولا مباشرة.

اللخمي: هذا قول مالك وابن القاسم واختلف فيه.

قال ابن شعبان: أجاز بعض متقدمي أهل المدينة ذلك بالملك وأبو ثور وبالنكاح.

وقال ابن القُصَّار: قال بعض أصحابنا: على القول أن لهم كتابًا تجوز مناكحتهم، واختلف في الصابئة والسامرية على أن الصابئين من النصارى والسامرية من اليهود، فتجوز مناكحتهم، وعلى نفيه نفيه، ونكاح من سواهن من كافرة، واستمتاع بها حرام.

وقول ابن بشير: ألحق اللخمي الصابئين بالنصارى والسامرية باليهود، وتقدم في

الذبائح أنهما غير ملحقين بهما، يرد بأنه إنما ألحقهما بهما على القول بأنهما ملة لعدم الإجماع على نقيضه.

وردة أحد الزوجين في كونه فسخًا أو طلاقًا قولان للخمي عن رواية المبسوط مع الصقلي عن رواية ابن أبي أويس، وعبد الحميد عن الشيخ عن رواية ابن الماجِشُون معه والمشهور، وعليه في كونه طلقة بائنة أو رجعية ثالثها: إن أسلم في عدتها فكمن؛ لم يرتد وإلا فطلقة للمشهور، والصقلي عن المغيرة قائلاً: للزوج الرجعة إن أسلم وابن الماجِشُون ونقل الصقلي عن أشهب: إن أسلمت في العدة؛ بقيت زوجة مع نقله ما تقدم يوهم مغايرته إياه، والحق أنه فسخ أو كابن الماجِشُون.

وسمع يحيى ابن القاسم: لا تحل المرتدة لزوجها إذا بانت إلا بنكاح جديد، ولا يحل له وطؤها في ارتدادها.

ابن رُشْد: هذا كقول نكاحها الثالث: أن ردة أحدهما طلقة بائنة، ورآه ابن الماجِشُون فسخًا بغير طلاق، وعن سَحنون: إن أسلمت في عدتها، فزوجها أملك بها، فرآه طلقة رجعية مثل قول مالك في أمهات الأولاد من المدَوَّنة: ارتداد الزوج طلقة رجعية يكون أحق بها إن أسلم في عدتها، ففي كون ارتداد أحدهما طلقة بائنة أو رجعية ثالثها: فسخ بغير طلاق.

قُلتُ: وفي معنى كونها طلقة رجعية أنه بنفس إسلام المرتد منهما تثبت الرجعة أو بعد إنشاء الزوج الرجعة قولان لمتقدم ظاهر لفظ ابن رُشْد والصقلي عن المغيرة.

وفيها: إن ارتد لدين زوجته قال: لم أسمع منه إلا قوله في المرتد: تحرم عليه امرأته فأرى أن تحرم عليه يهودية كانت أو غيرها.

اللخمي: يختلف إن ارتدت إلى النصرانية أو ارتد وتحته نصرانية قيل: يقع الفراق بينهما.

وقال مالك في المدَوَّنة: إن ارتد وقعت الفرقة بينه وبين زوجاته إن كن مسلمات، وروى علي وابن أشرس: إن ارتدت إلى المجوسية وقعت الفرقة بينها وبين زوجها المسلم، فخص مالك الفرقة بالمسلمات والآخران بارتدادها للمجوسية.

وقال أَصْبَغ: من ارتد وزوجته كتابية؛ لم يحلل بينه وبينها، ولم تحرم عليه إن أسلم.

قُلتُ: فيها: إن تزوج مرتد كتابية في ردته، ثم أسلم أيثبت نكاحه؟.

قال: قال مالك: من ارتد؛ وقعت الفرقة بينه وبين أزواجه إن كن مسلمات.

ابن القاسم: وتقع الفرقة بينه وبينهن إن كن غير مسلمات، فهذا يدلك أن إنكاحه إياهن في ردته لا يجوز، ولو رجع للإسلام.

قُلتُ: فأخذ اللخمي، واستدلال ابن القاسم متنافيان.

الشيخ عن ابن سَحنون عنه: من ادعى عند السلطان ردة زوجته المسلمة أو إسلام زوجته النصرانية وأكذبتاه؛ فرق بينه وبينهما لإقراره بتقدم ردة زوجته المسلمة، وتقرر ردة امرأته النصرانية.

الصقلي عن ابن حبيب: لو تزوج بعد حبسه للاستتابة؛ فسخ ولو كانت ذمية، ولا مهر لها إن قتل ولو بنى، وإن أسلم قبل فسخه؛ ففي ثبوته ولزوم فسخه قولا في ابن حبيب مع ابن الماجِشُون والمدَوَّنة.

وفي سقوط مهر من تزوجها في ردته، وبنى مطلقًا، أو إن كان بعد الحجر عليه ثالثها: إن علمت ردته وإلا فلها ربع دينار لمحمد - عن ابن القاسم وأَصْبَغ والقابسي - قائلاً: لو تزوجها بعد الحجر ما منعت ربع دينار؛ لكن لا يملك ذلك؛ لأنه مسجون، ولو أسلم؛ كان لها مهرها، ولو زاد على مهر المثل، وتزوجها بعد الحجر، وبالأول قال ابن الكاتب: محتجًا بأنه بارتداده محجور عن ماله ما لم يسلم لقولهم: لا ينفق على ولده من ماله، ولا ثلث له تنفذ فيه وصيته.

ابن رُشْد: إن تزوج وبنى بعد الحجر عليه؛ فلا مهر لها إن قتل في ردته اتفاقًا، وقبل الحجر عليه في سقوطه، وثبوته في ماله ما لم يزد على مهر المثل سماع موسى ابن القاسم: لا مهر لها، وتعاض من مسيسه مع قول سَحنون قائلاً: يجوز نكاحه ذمية في ذمته كنكاح مفلس في ذمته، ومحمد عن ابن القاسم مع أَصْبَغ رادًّا قول ابن القاسم الأول لهذا بناءً على الحجر عليه بنفس ردته أو بحجر السلطان، وهذا معلوم من قول ابن القاسم وروي لمالك.

قُلتُ: ظاهر قول سَحنون: صحة نكاحه الذمية في ردته، وأن زوجته لا تعاض فأقوال ابن رُشْد في المهر ثلاثة، وهي مغايرة للأخيرين من ثلاثة الصقلي.

محمد: إن قال مرتد أسلم: تزوجت هذه في ردتي، وقالت: بل بعد إسلامك؛ صدقت لادعائها الصحة، وفسخ نكاحه بإقراره، وغرم نصف المهر.

الصقلي: روى علي: إن ارتدت المرأة لقصد؛ فسخ نكاحها لم ينفسخ وفي ولائها: إن علم أن الأسير ارتد كرهًا؛ لم تبن زوجته، وإن جهل بانت، ولا يتعقب بأنه عبد، وطوعه إكراه؛ لأن ذلك فيما أمره به سيده لا فيما فعله، ولو فرق بينه وبين زوجته لجهل إكراهه ثم ثبت، ففي فوت زوجته ببناء الثاني كالمفقود وردها إليه كمطلق امرأة باسم لزوجته الحاضرة، وقال: أردت زوجتي المسماة به الغائبة، فطلقت عليه الحاضرة؛ لعدم تصديقه في الغائبة، ثم ثبت صدقه قولان للصقلي مع بعض شُيُوخه، وبعض أصحابه، وفي حرمة أم ولده عليه مدة ردته، وتحل له بإسلامه وعتقها به ثالثها: إن أسلم قبل انقضاء حيضتها من يوم ردته، وإلا حرمت وعتقت لابن القاسم فيها: لم أسمع من مالك في عتقها شيئًا، ولا أراه، وليست كالزوجة؛ لرفع عصمته بردته، وبقاء ملكه، فأراها موقوفة إن أسلم بقيت بحالها، وللصقلي مع اللخمي عن أشهب، وتخريجه على قوله مع عبد الملك في زوجته: إن أسلم قبل مضي عدتها؛ بقيت زوجته دون طلاق، وإلا بانت بطلقة.

عبد الحميد: اختلف في حرمتها عليه فقاله أشهب وخالفه غيره.

وفي المدَوَّنة: الوقف.

قُلتُ: إن أراد بقول غيره: حليتها له فلا أعرفه، وما أبعده لولا إمكان جريه على عدم الحجر عليه بردته، فيكون مقيدًا به لا، وإن حجر عليه، وحمله على تخريج اللخمي بعيد من لفظ قوله، وخالفه غيره، وإحباط ردته سابق أحكامه في كتابه.

والكافران: إسلامهما معًا على حالة نكاح بينهما هو لهما كعقدهما عليه حينئذ صحيحين ببينة وولي ومهر، وإن تقدم لهما بخلافه، أو كانا مريضين لنقل عبد الحق الإشبيلي: أجمعوا أن الزوجين إذا أسلما في حالة واحدة أن لهما البقاء على النكاح الأول إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريمًا.

قُلتُ: والأحاديث في ذلك متكلم في صحتها، وظاهر قصر هذا الاستثناء على ما ذكر فيه خلاف ما يأتي في نكاح المعتدة والمتعة، والمتقدم بتاتها في الكفر.

وفيها: إن أسلما كبيرين على نكاحهما صغيرين دون ولي وأمره، قال: لم أسمعه من مالك، وأراه جائزًا.

الشيخ عن محمد عن ابن القاسم وأشهب: إن أسلم على من نكحها في عدتها بعدها؛ ثبت نكاحه.

أشهب: ولو لم يبن، ولو أسلم في عدتها فارقها، وعليها ثلاث حيض؛ يريد: وقد مسها.

قُلتُ: وكذا لو أسلمت دونه.

قال: ووطؤه إياها في عدتها في كفره لغو، وبعد إسلامه يحرمها.

قُلتُ: وكذا بعد إسلامها.

قال: وإن أسلم على من نكحها متعة في أجلها؛ فسخ نكاحه وبعده يثبت، وقيد اللخمي ثبوته بثبوتهما عليه بعد العدة والأجل.

قال: وكذا لو كانا بزنى وتماديا قبل الإسلام على وجه النكاح.

قُلتُ: قبوله الشيخ في المتعة خلاف قول ابن القاسم فيها: لا ينبغي أن يعرض لأهل الذمة إذا أسلموا في نكاحهم إلا أن يكون تزوج من لا تحل له، فيفرق بينهما، وسمع يحيى ابن القاسم: إن أسلما على نكاح عقداه في العدة؛ لم يفرق بينهما.

ابن رُشْد: يريد: أسلما بعدها، ولو وطئ فيها، ولو أسلما فيها فسخ إن عقداه قبل حيضة، ولو عقداه بعدها؛ ففي فسخه قولان من قول ابن وَهْب في الموازيَّة: يفسخ نكاح مسلم نكح نصرانية بعد حيضة من عدة زوجها النصراني، وسماع أبي زيد ابن القاسم صحته إن كان بعد حيضة.

ابن شاس: لا يقرهم على فاسدٍ عندهم إلا أن يكون صحيحًا عندنا، ولو اعتقدوا غصب المرأة أو مراضاتها على الإقامة مع الرجل بغير عقد أقررناهم عليه.

اللخمي: وحيث يصح بإسلامهما يلزم الآبي منهما، وعلى الزوج نصف المهر، ورضاهما ترك العقد السابق بينهما طلاق، ولو كان العقد فاسدًا.

وفيها: ما كان من شروطهم من أمر مكروه، فإنه لا يثبت من ذلك إلا ما يثبت في الإسلام، ولا يفسخ من ذلك إلا ما يفسخ في الإسلام.

عياض وغيره: كذا روى جبلة.

وروى سَحنون: بإسقاط إلا فيهما وابن وضاح: وإسقاط لا فيهما، ويحيى بن عمر بإسقاطهما في الأول، وإثباتها في الثاني، وبعضهم بإثباتها في الأول، ولا في الثاني فقط.

قُلتُ: معنى الأولى **والثالثة** راجع إلى ثبوت نفس المهر وفسخه؛ ككونه خمرًا أو إلى العقد باعتبار حل الزوجة للزوج، وحرمتها عليه ككونها أخته، ومعنى الثانية في الأول كشرط يمين يلزم المسلم، وفي الثاني ما يوجب الفسخ قبل البناء؛ كفساد المهر أو بعده كعقدهما على شغار، ويدخل فيه نكاح المعتدة والمتعة إن أسلما بعد مدتيهما، والرابعة كالأولى، وأول الخامسة كأولها، وثانيها كثاني الثانية.

ابن بشير: في كون أنكحتهم على الصحة أو الفساد قولان بناءً على خطابهم بالفروع ونفيه.

ابن شاس: المشهور فسادها.

قُلتُ: هو مقتضى قولها: طلاق الشرك ليس بطلاق، ولم يحك المتيطي غيره، وعليهما خلاف شُيُوخ شُيُوخنا في جواز شهادة الشهود المعينين للشهادة بين الناس لليهود في أنكحتهم بولي، ومهر شرعي ومنعه، وألف كل منهما على صاحبه، والصواب ما رجحه ابن عبد السلام المنع، ويأتي للشيخ ما يرجح الجواز.

وفيها: إن طلق الذمي امرأته ثلاثًا ولم يفارقها، فرفعته إلينا؛ لم يحكم بينهم.

اللخمي: لسقوط حق الله في الطلاق عن الزوج، وكذا حق الزوجة؛ لأنه هبة منه لها، ولا نجبره على الوفاء بهبته لها، فإن حوزها نفسها؛ لم يمكن من نقضه.

ولابن سَحنون عن المغيرة: إن حنث بطلاق، ورفعت امرأته أمرها للسلطان أمره بطلاقها.

وفيها: متصلاً بما سبق إلا أن يرضيا معًا بحكم الإسلام؛ فالحاكم مخير، وتركه الحكم أحب إلي.

مالك: وطلاق الشرك ليس بطلاق.

ابن رُشْد وغيره: ظاهرها عدم اشتراط رضى أساقفتهم.

وسمع عيسى ابن القاسم اشتراطه، وفي كون الحكم بإعماله طلاقه ثلاثًا، ولغوه

ثالثها: إن كان عقدهم موافقًا لشروط الصحة، ورابعها: يحكم بالطلاق مجملًا دون حكم بالثلاث.

لابن محرز عن ابن شبلون قائلاً: لو أبانها عن نفسه؛ لم يكن له ردها إليه، ولو لم يتحاكما إلينا.

وابن الكاتب مع ابن أخي هشام، والشيخ وأبي الحسن اللخمي: إن رضيا بموجب الطلاق بين المسلمين؛ حكم بالطلاق ومنعه منها إلا بعد زوج إن كان ثلاثًا؛ لالتزامهما حكم الإسلام.

قُلتُ: فيلزم كون محللها مسلمًا بشرطه.

قال: ولو قالا: احكم بما يجب على الكافر عندكم ألغاه.

ولو قالا: بما يجب في ديننا أو في التورية؛ لم يحكم، ولو طلقها ثلاثًا وأبانها عن نفسه؛ ففي جواز نكاحه إياها بعد الإسلام دون محلل قولان لنص ابن شاس مع المشهور في لغو طلاقه، وقول المغيرة بإعماله مع قول عبد الحميد: ذكر عن علي بن زياد: أن طلاقه طلاق، ويعد عليه بعد إسلامه.

وفاسد مهرهما إن أسلما ككونه له خمرًا أو خنزيرًا فيه طرق:

ابن رُشْد: إن أسلما بعد قبضه وبنائه؛ فهو ماض وقبلهما لغو لقولها: يخير في بنائه بمهر المثل، وتركها دون غرم اتفاقًا فيهما، وبعد قبضه، ولم يبن في لغوه؛ فيخير كما مر واعتباره؛ فيبني ولا شيء عليه ثالثها: ويستحب له إعطاؤها ربع دينار، ورابعها: وجوبه لها، ولبعض الرواة فيها وسماع عيسى ابن القاسم في التجارة بأرض الحرب، وقول عيسى فيه: وبعد بنائه وقبل قبضه في لغوه؛ فيلزم مهر المثل، وكونه كمقبوض؛ فلا يلزمه شيء قولان لها ولسَحنون.

فقول ابن القاسم فيها على قياس قول ابن أبي حازم وابن دينار في الكافرين: يسلمان أو أحدهما بعد تبايعهما خمرًا، وقبل قبض البائع ثمنها ليس له قبضه، وقول بعض الرواة فيها، وابن القاسم في هذا السماع، وعيسى على قياس قول أشهب والمخزومي ومحمد: له قبضه بعد إسلامه.

اللخمي: إن أسلما قبل البناء، وقد قبضت الخمر أم لا؟ فأربعة.

ابن القاسم: إن دفع مهر المثل؛ ثبت نكاحه، وإلا طلقت عليه دون غرم، ولو كانت قبضته.

وقال غيره: إن قبضته؛ فله البناء دون غرم.

محمد: عن أشهب: له البناء إن أعطاها ربع دينار، وإن لم تكن قبضت شيئًا وإلا فسخ.

ابن عبد الحكم: القياس لها قيمة الخمر كنكاح بثمر لم يبد صلاحه، ولم يجذ حتى أزهى لا يفسخ، ولها قيمته وهو أحسن أن لا تنقص عن ما به رضيت إن كانت قيمة الخمر أكثر من مهر المثل، ولا يلزم هو أكثر مما به رضي إن كانت أقل، وقول أشهب ضعيف.

ثم قال بعد ذلك: لزوم القيمة إذا أسلم دونها؛ أبين منه إذا أسلما؛ لأنها تقول: يجوز لي ملكها.

ثم قال: إن دفع الخمر؛ فمعروف المذهب أن له قبض المبيع دون ثمن آخر كمن باع خمرًا بثمن لأجل، ثم أسلم له قبضه إذا حل أجله، وقاسه مرة على ثمن الربا إذا أسلم قبل قبض الثمن، فإن دخل، ولم يقبض الخمر، فقال ابن القاسم: لها مهر المثل.

وقال محمد: لا شيء عليه.

وعلى قول ابن عبد الحكم: لها قيمة الخمر.

قُلتُ: عزا المتيطي الأول لابن القاسم.

فيها، وقال قال سَحنون: مهر المثل يوم دخل بها، وذكر ابن بشير قول ابن عبد الحكم أيضًا في إسلامهما قبل قبض الخمر وبعد البناء.

قال: وقد أجرى قول أشهب في هذا: أن لها ربع دينار.

قال: والظاهر؛ إنما يجري إذا قبضت هي، ولم يقبض هو، وذكر قول ابن عبد الحكم أيضًا: إذا أسلما قبل البناء، وقبل قبض المهر.

الشيخ: عن محمد: إن أسلم أو أسلما، وقد نكحها بخمر أو خنزير إن قبضته؛ فليس لها غيره، وتكسر الخمر بيدها، وتقتل الخنازير إن أسلمت.

قُلتُ: تقدم التنبيه أن هذا خلاف قولها في الولاء: من ورث عن عبده

خنازير سرحها.

قال: وإن لم تقبضه؛ فقال ابن القاسم وعبد الملك: إن شاء البناء؛ ودى مهر المثل وإلا فسخ دون غرم كالتفويض.

قال محمد: وقول ابن القاسم في الأسدية: قبضه قبل البناء؛ كعدمه إن شاء البناء؛ غرم مهر المثل، وإلا لزمته طلقة غلط.

وقال أشهب: يفسخ إن لم يبن إلا أن يعطيها ربع دينار؛ يريد: إن كان قبل البناء وقبضت ذلك، وكذا فسره في غير هذا الموضع.

وللبرقي عنه: يعطيها مهر المثل، وقول ابن القاسم وعبد الملك: هو المعمول به، فإن قبضت نصفه؛ بقي لها نصف مهر المثل، وكذا أقل أو أكثر؛ يريد: إن شاء البناء.

قُلتُ: قائل؛ يريد: هو الشيخ، بينه الصقلي في نقله ما تقدم، وزاد: إنما يصح هذا في قول ابن القاسم: إن شاء، وإن لم يبن؛ فهو يقول: إن قبضت جميعه؛ لم يكن له أن يبني حتى يدفع مهر المثل، أو يفارق كالتفويض.

قُلتُ: هذا قوله في الأسدية على ما تقدم، ومحمد إنما أجراه على قوله في الموازيَّة الذي هو المعمول به عنده.

وذكر المتيطي قول الغير في المدَوَّنة: إن قبضته؛ فلا شيء لها غيره، بنى بها أو لم يبن.

قال: وقاله ابن القاسم في الواضحة والأسدية والموازيَّة، وعبد الملك في كتاب أبي الفرج.

قُلتُ: وهذا خلاف ما تقدم للشيخ والصقلي عن ابن القاسم في الأسدية، وذكر المتيطي رواية البرقي عن أشهب ثم قال: قال ابن العطار: إن أسلم قبل البناء ومهرها خمر أو خنزير؛ أجبر على إعطائها مهر المثل، وقيل: أقل ما تستباح به، فقال ابن الفخار: هذا غلط، وذكر قولي ابن القاسم والموازيَّة والمدَوَّنة.

وقال: لا يجبر على مهر المثل بحال.

المتيطي: ما قاله ابن العطار هو نقل البرقي عن أشهب.

قُلتُ: لا مهر في الفرقة باختيار أحدهما قبل البناء ولا متعة، وإن أسلمت قبل البناء؛ بانت، ولا مهر لها، وإن قبضته؛ ردته ولها المسمى قبل البناء.

اللخمي: اختلف قول ابن القاسم: إن أسلمت نصرانية دون زوجها قبل البناء بعد قبضها الخمر، فقال في العتبيَّة: تغرم قيمتها، ولو كانت قائمة وتكسى عليها.

وفي الواضحة: لا شيء عليها ولا نصفه، وأرى إن كانت قائمة أن ترد إليه؛ لأن يفسخ نكاحها بإسلامها؛ سقط ملكها عن المهر، وتعلق به ملك الزوج، وإن فاتت؛ غرمت قيمتها؛ لأن إسلامها يوجب ردها المهر لو كان دنانير أو سلعة، هذا قول مالك وابن القاسم في ثاني نكاحها، فوجب ردها قيمة الخمر؛ لأنها مما يملكه، وكذا إن كانت مجوسية أسلمت قبل البناء بعد قبضها الخمر، ولو أسلم وحده قبل البناء، وهي مجوسية نزعت الخمر منها وكسرت، فإن فاتت؛ لم تغرمها.

قُلتُ: ظاهر قوله: وفي الواضحة: لا شيء عليها ولا نصفه؛ يقتضي أنه نص فيها، وكذا ذكره الصقلي، ولما ذكر ابن رُشْد قول ابن القاسم في سماع عيسى في كتاب التجارة بأرض الحرب.

قال: ولا يجب عليها شيء، وهو على حكاية أصل ابن حبيب، ورواية مُطَرِّف في نصراني استسلف من آخر خمرًا، ثم أسلم: أنه لا شيء عليه، وهو على أصل ابن حبيب في استهلاك مسلم خمر ذمي أنه لا شيء له عليه، فظاهر قول ابن رُشْد أنه تخريج لا نص له.

محمد: ولو وهبت له نفسها، وأسلما قبل البناء؛ رجعت لمهر المثل، وبعده لا شيء لها.

الشيخ: هذا خلاف المدَوَّنة.

الصقلي: بل ظاهرها كقول محمد.

وقال ابن حبيب: إن بنى؛ لزمه المهر المثل، والأخير في البناء؛ أي: الفراق.

ابن بشير: إن بنى تخرج فيها، ولأشهب: بربع دينار.

اللخمي: أرى أن لا شيء لها غيره لحق الله، والزائد تركته؛ فلا حق لها فيه.

وفيها: إن تزوج نصراني نصرانية على خمر أو خنزير أو بغير مهر أو شرطًا أن لا مهر وهم يستحلون ذلك فأسلما؛ قال: لم أسمعه من مالك، وأحب إلي إن بنى بها أن لها في جميع هذا مهر المثل، إن لم تكن قبضت قبل البناء شيئًا، وإن قبضت قبل البناء ما

أصدقها؛ فلا شيء لها.

وإن أسلما قبل البناء؛ فله البناء إن أعطاها مهر مثلها، وإلا فرق بينهما، ولا شيء عليه، وفي حملها في عقدهما على أن لا مهر على قول ابن حبيب أو محمد ثالثها كتمانه.

الشيخ مع المتيطي عن أبي عمران والصقلي مع أبي حفص والمتيطي عن القابسي وعن ابن سعدون.

أبو حفص: لو أسلما قبل البناء، وقدمه باعت الخرم؛ فلا شيء له غير ثمنها إن بلغ ربع دينار، وشرطها إياها؛ لعدم قبضها، ولو تحللت بيدها وقيمتها الآن ربع دينار؛ لم يكن لها.

قُلتُ: ولفظ محمد وأكثر الشُيُوخ تصوير المسألة دون لفظ: (وهم يستحلونه)؛ يدل على كونه فيها طرديًّا أو لا مفهوم له لقلته.

وقال ابن عبد السلام: شرط فيها في نكاحها بخمر، وشبهه كونه أيستحلون النكاح بهذا، أو أسقطه ابن الحاجب، ورأى بعض الشُيُوخ: أنه مقصود لابن القاسم، وأنهم لو دخلوا، وهم لا يستحلونه لو حكوا على الزنا لا النكاح؛ فلا يثبت بالإسلام إلا أن يكونوا تمادوا عليه قبل الإسلام على وجه النكاح، وما قاله ظاهر إن وجد من الكفار من لا يستحل النكاح بالخمر وشبهه.

قُلتُ: رده الشرط للنكاح بالخمر والخنزير بعيد؛ لشهرة تمولهم إياهما؛ بل ظاهره رده للنكاح بغير مهر، ومثله إسقاطه، والأمر في ذلك كله سواء، وقبوله قول هذا.

الشيخ: إن لم يكونوا يستحلونه؛ فهو زنا إلا أن يتمادوا عليه باسم النكاح عقلة إن حملا المسألة على دخولهما على غير الناكح لنص المدَوَّنة على ما نقيضه، ومتناقض إن حملاها على دخولهما على وجه النكاح لقوله: إن تمادوا على وجه النكاح؛ لم يكن زنا؛ لأن دخولهما عليه باسم أخذا في كونه ليس زنا من تماديهما عليه دون العقد عليه أو لا، ولا يشك من نظر، وأنصف إن ذكر يستحلونه لا مفهوم له؛ لأن عدم استعجال له لا يوجب كونه زنا في الإسلام، فأحرى في الكفر.

ابن الحاجب: والإسقاط مع الدخول كقبض الفاسد.

وقيل: مهر المثل، وإن دخلا.

قال ابن السلام: كلامه يوهم أن الخلاف موجود قبل البناء، ولا خلاف أنه مخير في الرد دون عزم أو البناء بمهر المثل.

قُلتُ: إن فهم كقوله: وقبل مهر المثل على اللزوم؛ لزمه تهمة عنه في المهر الحر، وهو لم يتعقبه؛ بل حمله على حالة إرادة البناء المهر، وفي تركه دون غرم، فكذا هنا، وهي متقدم عن ابن حبيب.

الصقلي والشيخ عن محمد عن ابن القاسم: لو كان أصدقها ثمن خمر على رجل، فأسلما قبل قبضه منها قبضه، والنكاح ثابت.

عبد الملك: ولا يدخل بها حتى يعطيها ربع دينار، ولو كان أصدقها دينارين على رجل ثمن دينار؛ تبعت الغريم دينار فقط، وللزوج البناء، ولا شيء لها عليه، وكذا في الدراهم.

قُلتُ: ظاهره: وإن لم يعطها ربع دينار.

قال: ولو كان أصدقها خمرًا بعضها مؤجل، فأسلما معًا، أو الزوج بعد البناء؛ فلا شيء لها، وقبله تتبعه من مهر المثل بقدر المؤجل منه مع المعجل.

الصقلي: هذا على أصله في الموازيَّة، وقول الغير في المدَوَّنة، وعلى قول ابن القاسم فيها يكون إنما ما قاله قبل البناء بعده وقبله؛ يخير في تركها دون غرم والبقاء بمهر المثل.

قال عبد الملك: ولو قبضت قبل إسلامها الخمر، وبقيت الخنازير؛ رجعت من مهر المثل بقدر ما بقي بما لم تقبضه.

وإسلامها وحدها قبل البناء فيه طرق:

ابن حارث: اتفقوا إن أسلمت مجوسية قبل البناء على قطع عصمة زوجها عنها.

زاد الصقلي: كان كتابيًا أو مجوسيًا، ولا رجعة له إن أسلم.

عياض: هو ظاهر تفرقتها إن زوج كنافي ابنة الطفلة المكاني، ثم أسلم الأب، وهي صغيرة؛ فسخ نكاحها، ولو زوج مجوسي ابنه الطفل مجوسية، ثم أسلم الأب وابنه صغير؛ عرض على زوجة الصبي الإسلام.

اللخمي: اختلف إن أسلم عقب إسلامها نسقا قول: بانت منه.

وقال ابن القاسم في العتبيَّة: إن لم يسلم مكانه؛ قال: رجعة، واختلف في هذا

الأصل إذا أطلق ثلاثًا نسقًا قبل البناء:

قيل: يلزم.

وقيل: واحدة فقط، وإذا استثنى بنية محددة بعد تمام اليمين.

قُلتُ: ما في العتبيَّة هو سماعه.

وعيسى: إن أسلمت امرأة نصراني قبل بنائه إن لم يبن مكانه؛ فلا رجعة له.

ابن رُشْد: دليلها: أو أسلم مكانه بقي معها، وهو خلاف معلوم مذهب مالك وأصحابه أنه يفرق بينهما، ولو أسلم مكانه ما لم يسلما معًا.

الباجي: إن أسلما قبل البناء معًا مثل إن بنى معًا مسلمين.

فقال في النوادر: هما على نكاحهما، وإن أسلمت دونه، فذكر ما في العتبيَّة وقال: ويتخرج على قول محمد: أن الفرقة واقعة بنفس إسلامها.

قُلتُ: فنقيض ما في العتبيَّة مبهم قائله عند اللخمي، ومعروف المذهب عند ابن رُشْد، ومخرج عند الباجي.

وظاهر نقله: أن معه إسلامهما إنما هي في زمن إيتانهما مسلمين، لا في زمن وقوعه منهما، خلاف ظاهر قول ابن رُشْد.

وللشيخ عن الموازيَّة ما نصه: إن لم يبن بها؛ فبإسلامها تنقطع العصمة إلا أن يسلم معها يكون إسلامهما معًا.

أبو عمر: في إسلام أحدهما ثلاثة:

ابن القاسم: يعرض على الآخر الإسلام زوجًا كان أو زوجة إن أسلم، وإلا فرق بينهما.

أشهب وأَصْبَغ: إسلامه قطع للعصمة.

وفيها: إن أسلمت؛ انقطعت، وإن أسلم؛ عرض عليها.

وفيها: الفرقة بإسلام أحد الزوجين؛ فسخ بغير طلاق.

اللخمي: اختلف إذا أسلم أحدهما:

فقال ابن القاسم في العتبيَّة: إن أسلمت قبل إسلامه، ولم يسلم مكانه؛ فلا رجعة له، وهي طلقة بائنة.

وفي الموازيَّة: إن أسلم على مجوسية أو أمة كتابية فطلق؛ لزمه طلاقه.

وقال أيضًا: لا يلزمه.

وقول مالك: لا يقع طلاق إذا أسلمت أحسن؛ لأن طلاق الكافر لغو، وإن أسلم وهي مجوسية؛ فلا طلاق؛ لأنه لم يطلق إنما فعل فعلاً أوجب الفرقة؛ كملك الزوجة زوجها.

ابن رُشْد: قوله في سماع عيسى هي طلقه بائنة خلاف قول مالك وأصحابه إلا قول ابن الماجِشُون: الفرقة بإسلام أحدهما فسخ بغير طلاق؛ وهو الصواب، وذكر دليل اللخمي كأنه لنفسه.

وفيها: إن أسلمت بعد البناء، وزوجها كان لم يعرض عليه إسلام إن أسلم في عدتها؛ فهو على عصمته، وإلا بانت منه.

ابن حارث: اتفاقًا.

زاد في الموازيَّة: للسنة.

وفي موضع آخر: ولو كان عبدًا.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إسلامه رجعة دون إحداث رجعة.

الشيخ والصقلي عن المختصر، واللخمي عن الموازيَّة: لو خافت نصرانية أسلمت إسلام زوجها فأعطيته مالاً على أن لا يسلم حتى تنقضي عدتها، أو على أن لا رجعة له عليها؛ فهو أحق بها إن أسلم، ويرد ما أعطته.

زاد الشيخ عن المختصر: لو كان شرط أبوها عليه إن أسلم، فأمرها بيدها أو بيده؛ فهو ساقط، وقول ابن عبد السلام: إطلاق ابن الحاجب لفظ العدة على زمن الانتظار؛ فجاز إنما هو استبرأ على المشهور يوهم اختصاص ابن الحاجب فهذا الإطلاق، وقد تقدم أنه نصها، وهو نص أكثر ألفاظها، ونص البراذعي والشيخ والصقلي وغيرهم.

وفيها: طلاقه إياها البتة قبل إسلامه لغو، ولو أسلم في عدتها.

قُلتُ: تقدم قولا المغيرة وعلى بخلافه.

وفيها: إن أسلم على كتابية حرة؛ ثبت نكاحه، ولو بدار الحرب، أو كانت صغيرة زوجها منه أبوها، ولا خيار لها إن بلغت، ابن القاسم: ويكره وطؤه إياها بدار الحرب

بكراهة ملك نكاحه بدار الحرب؛ خوف أن يكون الولد على دين الأم.

قُلتُ: مفهوم قولها زوجها أبوها؛ لغو لما تقدم.

ولو أسلم على مجوسية بعد بنائه إن أسلمت بقية زوجة، وإن أبت؛ ففي وقوع الصفقة حين إبايتها بعرضه عليها مدة أو ثلاثة ثالثها: إن أسلمت قبله.

وفيها: شهرًا أو بعده بقيت زوجة، ورابعها: إن أسلمت في عدتها؛ بقيت لرواية عياض عن الموازيَّة، ثم الصقلي عن ابن القاسم، وعياض عن الموازيَّة مع سماع أبي زيد، ثم الصقلي عن ابن القاسم، وعياض عن الموازيَّة، مع سماع أبي زيد، وابن أبي زَمَنَيْن، والصقلي عن أحد قولي أشهب.

زاد الشيخ عن محمد عنه، وقال أيضًا: يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة؛ حكاه بعض الشُيُوخ لا أعرفه، وقد يتوهم وجوده في نقل الصقلي من لا يتأمله.

قُلتُ: لذا عزا الشيخ والصقلي والباجي والمتيطي وعبد الحميد الثاني لأبي زيد عن ابن القاسم، والذي وجدت في العتبيَّة في سماع أبي زيد ما نصه: لو أسلم رجل وامرأته غير كتابيه، فعرض عليها الإسلام، فأبت، ثم أسلمت بعد ذلك؛ لم يكن له رجعتها إلا بنكاح جديد.

ابن رُشْد: هذا يبين قولها: إن الفرقة لا تقع بامتناعها من الإسلام إلا أن يعلم أكثر من شهر؛ إنما هو إذًا، فقيل: عن عرض الإسلام عليها.

وفي رفع عصمته عنها بإسلامه دونها: وبنى بها لوقت امتناعها الإسلام أو طول تأخر إسلامها.

ثالثها: مترفيه الثبوت بإسلامها، وأنها تكشف تقدم رفعها حين إسلامه.

الصقلي عن أشهب وابن رُشْد عن ظاهر قول ابن القاسم، ونقله منوعًا عليه ما يذكر في ظهاره.

ولو أسلم عليها قبل البناء؛ ففي كونها كذلك، ولزوم الفرقة حينئذ، فلا يعرض عليها الإسلام قولان لأخذ الصقلي من قول ابن القاسم فيها ذلك في أن الزوج الصغير المجوسي يسلم مع عياض عن نص ابن القاسم في الموازيَّة، وروايته وعياض عن أشهب مع الصقلي عنه، وعن محمد، والشيخ عن أَصْبَغ أيضًا.

وفيها: إن أسلم على المجوسية وقعت الفرقة إن عرض عليها الإسلام فأبت.

ابن القاسم: أرى إن طال ذلك انقطعت، ولو أسلمت؛ قلت: ثم الطول، قال: لا أدري، والشهر وأكثر منه قليل.

عياض: في بعض نصها: وأرى الشهرين، وتأولها شُيُوخ إفريقيَّة على الغفلة عن وقتها عمدة المدة لا على وقفها لها، وإن قول ابن القاسم كقول مالك: إن أبت الإسلام حين وقتها؛ فرق بينهما.

قُلتُ: في النوادر عن الموازيَّة: إن أسلم؛ حرمت عليه امرأته المجوسية إلا أن يسلم، فإن وقفت، ولو تفعل وقته الفرقة، فإن لم يوقف حتى يمضي مثل الشهر عند ابن القاسم، فقال أبو إبراهيم: هذا بخلاف رواية الشهر والشهرين.

اللخمي في الموازيَّة: الشهران كثير.

وقال محمد: إن عقل عنها شهرًا؛ فقد برئ منها.

وقول ابن عبد السلام ما نصه: قيل: خارج المدَوَّنة أقل من الشهر ليس بكثير لا أعرفه نصًا ومنطوقه مفهوم ما نقله أبو إبراهيم، وغير مناقض لما في المدَوَّنة؛ لأن ما فيها أخص منه، ومفهومه خلاف الروايتين.

وللشيخ عن الموازيَّة عن ابن القاسم: إن أسلم حر أو عبد على أمة نصرانية عرض عليها الإسلام إن أسلمت أو عتقت؛ ثبت نكاحها، وإلا فسخ بغير طلاقه، وإن عقل عن ذلك قدر الشهرين يرى منها.

أشهب: لا ينفسخ حتى تنقضي العدة.

ابن رُشْد: قول بعض القرويين: إنما يستخف في العقلة عنها الشهر على ما تقدم إن كان ذلك بعد البناء، وقبل البناء؛ إنما تبقى زوجة إن أسلمت بالقرب خلاف القياس؛ لأن العصمة قائمة، فأمر الله تعالى أن لا يمسك بها أما أن يحمل على الضرر أو على التراخي، وعليه حمله مالك، فخفف الشهر.

قُلتُ: إنما هو فيها لابن القاسم، وعلى قول ابن أبي زَمَنَيْن وقول القرويين ظاهره، ولو انقضت عدتها بوضع؛ وهو مقتضى قول ابن رُشْد في أن عدم البناء والبناء سواء.

وفي كتاب التجارة بأرض الأرض منها: إن أسلمت تحت نصراني، ولم يبن بها

وقربت غيبته؛ نظر السلطان حق به إسلامه قبلها وبعدها لغو، وإن بعدت؛ فسخ نكاحه دون طلاق، وما أن ينكح مكانها.

وإن بنى وبعدت؛ اعتدت، فإن قدم وأسلم بعد عتقها؛ بانت منه، وقبلها أهو أحق بها ما لم يبن بها غيره كعقود.

أبو عمر: لو ادعى أنه أسلم في عدتها؛ فعليه البينة إن أقامها؛ ثبت عليها، فإن نكحت؛ فأتت بالبناء.

وفي قولها بالعقد روايتان:

اللخمي عن ابن القاسم في العتبيَّة: لو قالت: حضت بعد إسلامي ثلاث حيض، وقال زوجها: إنما أسلمت منذ عشرين ليلة؛ صدق، كمن أراد رجعة من قال: طلقتها أمس، وقالت: طلقني منذ شهرين، وحضت ثلاث حيض.

اللخمي: لأن الأصل كفرها، وعدم طلاقها، ولو أقر بإسلامها لما تنقضي فيه عدتها، وقال: أسلمت قبلها، أو في عدتها وكذبته؛ لم يصدق.

قُلتُ: وكذا لو أصدقته قائلة: قد انقضت عدتي كدعواه الرجعة كذلك.

ومسألة العتبيَّة في نوازل أَصْبَغ نصها: قال أَصْبَغ: قال ابن القاسم... إلى آخره.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ هذا إطلاق قوله في مبتاع عبد حدث به جذام فقال: العهدة باقية إنما ابتعته منذ ستة أشهر.

قال البائع منذ عامين؛ صدق البائع، وهو خلاف إجماع أصحابنا في تمييز المدعي من المدعى عليه، ودعوى انقضاء العدة؛ كدعوى انقضاء العهدة، فيدخل قول كل منهما في الأخرى.

وروى عنه عبد الأعلى كقول سَحنون: القول قول المبتاع.

وفيها: إن أسلمت قبل قدومها إلينا من دار الحرب أو بعده؛ فاستبراؤها ثلاث حيض إن أسلم زوجها فيها كان أملك بها إن أثبت أنها زوجته.

اللخمي: إن أسلمت قبل هجرتها أو بعدها، ثم قدم من زعم أنها زوجته، وصدقته صدقًا.

وقال ابن القاسم: إن أثبت أنها زوجته، وألغي إقرارهما وهما طارئان، ومعروف

قوله تصديق الطارئين دون بينة، لو طرأت امرأة، ثم من زعم أنها امرأته وصدقته صدقًا قد يحمل قوله على من هاجر من مكة؛ لأن أهلها كثير بالمدينة بخلاف غيرهم.

ابن شاس: إن طلقت، ثم أسلمت؛ فلا نفقة لها مدة التخلف؛ لأن الامتناع منها، وظاهر قول ابن الحاجب: إن سبق إسلامه؛ سقط عنه نفقة ما بينهما؛ أنه ولو كان ما بينهما غفلة عن وقفها خلاف ظاهر المذهب حيث يحكم ببقائها، وخلاف مفهوم قول ابن شاس.

وفي وجوب نفقة من أسلمت مدة عدتها على زوجها الكافر، سماع أَصْبَغ ابن القاسم قائلاً: لأنه أحق بها ما دامت في العدة؛ كالمطلقة واحدة مع قول أَصْبَغ: نزلت بالسلطان، فأرسل إلي فقضيت به.

ونقل ابن محرز عنه: أفتيته به، وسماعه عيسى قائلًا: لأن أمرهما فسخ لا طلاق، والسنة لا نفقة في الفسخ إلا أن تكون حاملًا فعليه نفقتها.

ابن أبي زَمَنَيْن وابن رُشْد: سماع عيسى أظهر عند أهل النظر لما ذكر، ولأن النفقة إن وجبت للمتعة؛ فقد منعته منها بإسلامها، وإن وجبت للعصمة؛ سقطت أيضًا لارتفاعها بالفسخ، وكونه أحق بها إن أسلم في عدتها أمر لا يحمله القياس.

قُلتُ: يرد بمنع وقوع الفسخ بنفس الإسلام؛ ولذا لا يحكم به حينئذ؛ بل به منضمًا لانقضاء العدة دون إسلامه، ونقل ابن بشير الخلاف في السكنى كالنفقة لا أعرفه، ونصها مع غيرها: خلافه.

وقول ابن الحاجب: إذا سبق؛ سقطت عنه نفقة ما بينهما، وإذا سبقت؛ فقولان يوهم أن القول بثبوتها مشروط بإسلامه، وليس كذلك حسبما مر في سماع أَصْبَغ وعلته.

وفيها إن أسلمت، وهما ذميان، ففرق بينهما، فرفعت حيضتها ألها السكنى في قول مالك؟ قال: نعم؛ لأنها حين أسلمت كان له عليها الرجعة إن أسلم في عدتها، ويتبعه ما في بطنها، وإنما حبست من أجله، ولقول مالك على من فسخ نكاحه ذات محرم بعد بنائه سكناها، وإن كان فسخًا دون طلاق ومسألتك أقوى.

قُلتُ: ظاهر تعليله بأن له الرجعة كسماع أَصْبَغ، وظاهر ذكره السكنى دون النفقة كسماع عيسى.

ابن حارث: في كون عدة المجوسية تأبى الإسلام حيضة أو ثلاثًا؛ رواية أبي زيد عن ابن القاسم، وقول ابن ميسر.

قُلتُ: تقدم نحوه لابن رُشْد.

وفيها: إن أسلم صبي عن ذمية أو مجوسية أتقع الفرقة بإسلامه في قول مالك؟.

قال: لم أسمعه منه، ولا تقع بينهما إلا أن يحتلم، وهو مسلم إلا أن تسلم امرأته؛ لأنه لو ارتد عن إسلامه؛ لم أقتله، وفي رواياتها بـ: (أو)، أو بـ: (الواو) بدلها، ثالثها: سقوطها لعياض عن ابن وضاح مع الأكثر، وفي نسخة لابن أبي زَمَنَيْن، وأول نقله مع ابن لبابة.

قال ابن اللباد مع فضل: الجواب عن المجوسية لا الذمية؛ لأنه عنها خطأ لصحة نكاح المسلم الكتابية.

أبو عمران: بل هو عنهما، فالأولى حربية، والثانية ذمية.

ابن لبابة وغير واحد: أو خطأ.

وفيها: الولد الصغير يتبع أباه في الدين، وأداء الجزية إن أسلم أبوه بعد أن زوجه مجوسية عرض عليها الإسلام، ولو أقرهم صغارًا حتى بلغوا اثنتي عشرة سنة، وشبه ذلك، فأبوا الإسلام؛ لم يجبروا.

وقال بعض الرواة: يجبرون وهم مسلمون، وهو أكثر مذاهب المدنيين، وإن كان الولد في إسلام الأب من أبناء اثني عشرة سنة أو ثلاث عشرة؛ ترك إلى بلوغه، إن بقي على دينه؛ لم يعرض له، وإن مات أبوه مسلمًا حينئذ؛ وقف إرثه على حاله حين بلوغه، ولو أسلم قبل احتلامه؛ وقف له؛ لأنه ليس بإسلام؛ إذ لو رجع إلى النصرانية أكره على الإسلام ولم يقتل.

وقوله: لا أسلم إذا بلغت؛ لغوٌ، ولا بد من وقفه.

وصفة الإكراه، وتمام مسائل أولاد المرتد في كتابه إن شاء الله.

وكما منع كفر غير الكتابية نكاحها منع وطأها.

فيها: لا توطأ غير الكتابية بملك حتى تسلم بأن تشهد أن لا إله إلا الله أو تصلي، قيل: إن لم تحض، ومثلها يوطأ أو لا أيطؤها قبل أن تسلم؟.

قال: لا، إن عرفت الإسلام حتى يجبرها عليه.

ابن محرز عن ابن الكاتب: الاحتياط عدم إباحتها بهذا الإسلام؛ لأنها لو رجعت عنه، لم تقتل، ولم تستحق به إرثًا، ولا تحرم به على زوج، وقد أنكر سَحنون قول ابن القاسم هذا.

ابن عبد الرحمن قوله: إن عقلت.

قلت الإسلام لم يطأها، يدل على أنها إن لم تعقله؛ جاز أن يتلذذ بها، وهو دليل قول محمد: تجوز في عتق الرقاب.

ابن بشير: هذا تعويل على دليل الخطاب، ولا يعول عليه في أقوال الفقهاء.

قُلتُ: هذا مجرد دعوى دليل نقيضها واضح، وأقوال الشُيُوخ به معلومة، والحاصل: أن ابن القاسم اعتبر إسلام من عقل الإسلام من صغير في حلية وطء الأمة المجوسية.

وفي وجوب البيع به على المالك الكافر قال: لقول مالك: إن بلغ، فرجع عن الإسلام؛ أجبر عليه.

وفي الصلاة عليه: إن مات وألغاه في إسلامه وتحته مجوسية قال: لأنه لو ارتد عن الإسلام قبل بلوغه؛ لم يقتل، وفي الإرث إلا أن يدوم أو يحدث حين بلوغه.

قال: لأنه لو رجع لكفره؛ أكره على الإسلام ولم يقتل.

وعزا ابن رُشْد في سماع أَصْبَغ من كتاب الصلاة اعتبار إسلامه لمشهور قول ابن القاسم، ولغوه حتى يسلم بعد بلوغه لسَحنون ولابن القاسم في ثالث نكاحها.

قُلتُ: الحاصل لابن القاسم ثالثها: في اعتباره ولغوه ثالثها: وقف إسلامه حسًا أو حكمًا بإسلام أبيه لما يكشف حاله عند بلوغه، والحق أنه اضطراب منه لا ما تقدم في الذبائح من تكلف فرق بالمقتضي والمانع، وكما ألغى سَحنون إسلامه؛ ألغى ردته إن كان مسلمًا فارتد.

قال عنه عبد الحميد: إن كان مسلمًا، فارتد فمات؛ ورثه ورثته المسلمون.

وله في المجموعة: إن أسلمت الصغيرة؛ وقعت الفرقة بإسلامها بينها وبين زوجها الكافر، كما يباع الصغير على سيده الكافر بإسلامه بخلاف إسلامه وتحته مجوسية.

وقال ابن عبدوس: كيف تقع الفرقة بإسلامها دون إسلامه، وقاله التونسي.

وقال ابن رُشْد: بقاؤها مسلمة تحت كافر ضرر عليها بخلاف عكسه، ومن أسلم على عشر نسوة أسلمن معه قبل بنائه بواحدة؛ اختار منهن أربعًا.

ابن حارث: اتفاقًا.

وفيها: ولو كن في عقد أو متأخرات.

اللخمي: يلزم على قول أشهب: من تزوج في شركه امرأة، ولم يبن بها؛ حرمت على أبيه وابنه وعليه أمها، أن من تزوج أمًا وابنة أو أختين أو أكثر من أربع، ثم أسلم؛ أن يلزمه العقد الأول ويفسخ الثاني، وفي غرمه لمن ترك نصف مهرها أو منابها في قسم مهرين عليهن، ثالثها: لا غرم، لغير واحد عن ابن حبيب ومحمد: ولها بناءً على أن تعيينه كطلاقه أو اعتبار ما يلزمه لو ترك جميعهن، أو كون الفرقة فسخًا أو جبرًا.

ابن رُشْد: الفرقة على الأخير بغير طلاق، وعلى غيره به، وعزا عياض لابن حبيب كونه بطلاق، وخرجه لابن القاسم من قوله فيمن أسلم على ذمية قبل البناء، ومهرها خمر أو خنزير، واختار تركها؛ أن فرقته بطلاق مع أنه مخير.

قُلتُ: يرد بأن موجب تركها في الخمر ليس إلا اختياره، وهنا الزيادة على الأربع وبأنه في الخمر أقرب للصحة؛ لأنه لو بنى بها صح، وفي مسألة العشر لا يصح.

وفي صحة اختياره: لو كان مريضًا أو محرمًا، أو كانت المخير فيها أمة، وهو واجد للطول؛ لكونه كرجعة وامتناعه كابتداء؛ إشارة عبد الحميد لإجرائه على كون الفرقة فسخًا أو طلاقًا وفيه نظر، والأظهر الأول؛ لأنه ألغى فيه ركن النكاح أو شرطه، وهو رضى الزوجة والولي، فأحرى المانع، فلو مات، ولم يعين، فقال اللخمي على الأول: لهن سبعة مهور بالسوية بينهن ثلاثة الست متعلق الترك، وأربعة الأربعة متعلق البقاء، وعلى الأخيرين أربعة مهور بالسوية بينهن.

الصقلي: عن محمد: حظ إرث الزوجة بينهن بالسوية، ولمن لم يبن بها خمسا مهرها، ولمن بنى بها مهرها.

الصقلي: لأن الواجب بموته أربعة مهور يقسم بينهن بالسوية، وبناء المبني بها موجب مهرها، واستشكل بأن الواجب عليه بموته أربعة مهور تستحق المبني بها

أحدها الباقي ثلاثة لتسع غير المبني بها بالسوية بينهن لكل واحدة ثلث مهرها، ويجاب بكون انحصار الوجوب في الأربعة؛ إنما هو لمجرد العقد، والزائد عليها؛ إنما هو لزائد عليه وهو بناؤه بالمبني بها.

اللخمي: لو ثبتت أخوة من اختارهن فقال إسماعيل: إن طلق الحاكم عليه باقيهن؛ فله تمام الأربع منهن.

ابن الماجِشُون: ما لم يتزوجن.

ابن عبد الحَكم: له ذلك ولو دخل بهن أزواجهن.

اللخمي: يريد: والفرقة بمجرد اختياره غيرهن، ولم يوقع على البواقي طلاقًا، ولو أوقعه عليهن قبل البناء أو بعده، وانقضت عدتهن فات اختياره منهن.

ابن عبد السلام: هذا يناقض نقلهم أن طلاقه بعضهن يعد اختيارًا، فعليه إذا طلق ستًا؛ لم يكن له التمسك بشيء من العشر.

قُلتُ: هذا بناءً على أن معنى كلام اللخمي أنه طلق ستًا، وتماسك بأربع، ثم ثبت أخوتهن، وليس كذلك؛ بل معناه اختار أربعًا، ثم قال: الست طوالق، وهو كلام هو في الظاهر لغو؛ لأنه طلقهن بعد وقوع فرقتهن باختياره غيرهن، فلو لم تثبت أخوة الأربع؛ اتضح بقاؤهن زوجات، فلما ثبتت أخوتهن؛ امتنع تكميله على واحدة منهن شيئًا من الست؛ لأنه بان إعمال طلاقه فيهن؛ لظهور حرمة اختياره ما زاد على الواحدة مما اختار، وفرض ابن حارث المسألة في ظهور كون الأربع ذوات محارم منه.

الصقلي عن الشيخ: إن طلق منهن أربعًا غير معينات، أو كلهن قبل البناء؛ فلكل خمس مهرها، ولو طلق البتة واحدة مجهولة؛ بطل اختياره فيهن، ومعينة يوجب قصره على ثلاث.

الصقلي: قوله في المجهولة على قول المصريين، وعلى قول المدنيين: له تعيينها، ويكمل عليها ثلاثًا.

قُلتُ: كون الطلاق يوجب ما ذكر يبطل تعليل ابن بشير قول ابن حبيب بأن من خير بين شيئين؛ عد منتقلاً، وإلا أبطل اختياره، كما لو طلق منهن ستًا، ثم رأيت هذا التعقب لابن عبد السلام، وقد يجاب عنه بأنه إنما وجب كون المطلقة مختارة يجب عدها

في الأربع الواجبة له؛ لأن اختياره إياها تحقيقي وجودي؛ لأن قصده إياها بالطلاق الاختياري يدل على اختياره إياها بعصمة يتعلق بها طلاقه إياها، والمختارة للترك مع عد المخير منتقلًا اختيارها تقديري لا تحقيقي، ولا يجب من إيجاب أمر من حيث كونه محققًا شيئًا إيجابه إياه من حيث كونه مقدرًا كقول ولائها: من أعتق عبده عن امرأة للعبد حرة؛ فولاؤه لها بالسنة، ولا يفسخ نكاحه؛ لأنها لم تملكه، ولو كان ذلك بمال دفعته لسيد زوجها؛ فسخ نكاحه.

وقال أشهب: لا يفسخ؛ لأنها لم تملكه، وفي المذهب: لها نظائر.

ابن شاس: والاختيار بصريح اللفظ واضح، ومثله ما يستلزمه، كما لو طلق واحدة معينة، قاله ابن عبدوس: وكذا لو ظاهر أو آلى أو وطئ.

قال: وقوله: فسخت نكاحها؛ إعلام بأنه لا يختارها.

قُلتُ: ومقدمات الوطء مثله لقول خيارها: نظره تلذذًا للأمة المشتراة بخيار اختيار، وفي كون الوطء اختيارًا بذاته، أو بشرط أن ينوي به ذلك نظر، وتفريق الصقلي بين شرطها في الرجعة، وعدمه في اختيار المشتراة بخيار؛ لأنه لو انقضى أمد العدة دون وطء بانت بخلاف أمد الخيار؛ يقوى شبهها بالمشتراة، والإيلاء إن كان مؤقتًا كقوله: والله لا أطؤها إلا بعد خمسة أشهر، أو إلا في بلد كذا؛ فواضح، وإلا ففيه نظر يحتمل الإلغاء؛ لأنه يكون في الأجنبية؛ فلا دلالة له على الزوجية والاعتبار؛ لأنه متمكن من إبقائها، ووطئها الأخص منه، فتخصيصه الامتناع عن الأخص دليل إرادته إثبات الأعم، وهو وجه دلالة الظهار لا ملزومية الظهار للزوجية؛ لأنه لا يعقله إلا فقيه مع شرط تقرر دلالة اللزوم باللزوم البين.

وأجاب ابن عبد السلام بأن الإيلاء في العرف لا يكون إلا في زوجة.

قال: بشرط تقرر العرف بذلك.

قُلتُ: لا يحتاج إلى تقرر العرف به؛ لأن العرف العام في استعمال أداة السلب إنما هو فيما يقبل المسلوب، وهو المعبر عنه عندهم بالعدم المقابل للملكة؛ كقولك: زيد لا يبصر لا فيما لا يقبله، وهو المعبر عنه عندهم بالسلب المقابل للإيجاب؛ كقولك: الحائط لا يبصر، فقوله: والله لا وطئتها؛ دليل جعله إياها قابلة لوطئه، ولا سيما مع كون النفي

مقسمًا عليه، ولا تقبله إلا بكونها زوجة له.

ابن شاس: ولو أسلم على ثماني كتابيات، أسلم شطرهن، ومات قبل التعيين؛ فالمهر كما مر، ولا إرث لعدم تحقق إرثه أربع مسلمات؛ لاحتمال تركه إياهن، وكمن قال في زوجتيه: إحداهما طالق، ومات قبل التعيين، وإحداهما ذمية، ولو لم يختر حتى مات منهن ست؛ ففي تعيين الباقيات، وبقاء اختياره في الميتات قول ابن الحاج في نوازله محتجًا بأن ظاهر الحديث شرط خياره بحياتهن، ونقله عن بعض أصحابه من العدوة محتجًا بسفيه تزوج بغير إذن وصيه، فعلم بعد موت الزوجة؛ أنه مخير في إمضائه.

ابن رُشْد: مثلها من تزوج أربع مراضع، فأرضعتهن امرأة؛ له اختيار واحدة منهن، ويجب فراق سائرهن، وفي كونه بطلاق قولان، وفي غرمه على الأول لكل منهن نصف مهرها، أو ثمنه قولا ابن حبيب ومحمد، وعلى الثاني: لا شيء عليه، ولو فارق جميعهن؛ فلكل ثمن مهرها اتفاقًا.

قُلتُ: يريد: والمرضعة أجنبية عنه لا توجب له نسبة من أرضعته؛ كامرأة أخيه ونحوها.

اللخمي عن الشيخ: عدم غرمه لابن القاسم.

زاد عبد الحق: في غير الموازيَّة.

قُلتُ: هو نص رضاعها: لا صداق للصبية على الزوج، ولا على التي أرضعتها ولو تعمدت، وتؤدب المتعمدة.

عبد الحق: قال ابن بكير: لا خيار له في المراضع؛ لثبوت أخوتهن، ويقال لمن خيره: إن لم يزل العقد بحاله؛ لزم ثبوته على أختين، وإن انفسخ فيما زاد على الواحدة؛ لزم في غيرها، وإلا لزم الترجيح من غير مرجح.

وذكر عبد الحق عن ابن الكاتب عن بعض أصحابنا البغداديين مثل ما قال ابن بكير قال: والفرق بين هذا وبين من أسلم على عشر نسوة؛ أنه إذا اختار أربعًا، فكأنه لم يسلم إلا عليهن بخلاف متزوج المراضع.

ابن الكاتب: وعلى هذا لو كن ثلاثًا أرضعتهن امرأة متعاقبات؛ ثبت على الأخيرة فقط؛ لأن إرضاعها الثانية صيرها مع الأولى أختين، ولو أرضعت واحدة، ثم الأخريين

معًا واحدة بثدي والأخرى بثدي؛ حرمن كلهن.

قُلتُ: قولها: من تزوج صغيرة بعد صغيرة، فأرضعتهما أجنبية؛ فليختر إحداهما، ويفارق الأخرى، ولا يفسد عقد نكاحها، كما فسد عقد متزوج الأختين في عقد لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين إشارة لرد ما قال ابن بكير؛ لأن مجرد عقد كل نكاح منهما مغاير له من حيث اجتماعهما ضرورة أن الشيء في نفسه ليس كما هو مع غيره، فعقد كل منهما من حيث مجرد ذاته باق على حليته، ومن حيث اجتماعه مع الآخر محرم بما حدث من الإرضاع، فوجب إزالته بتركه إحداهما؛ كمالك رغيفين يكفيه أحدهما حضره من وجبت مواساته بأحدهما فورًا.

وقول ابن بكير: يلزم الترجيح دون مرجح، يجاب بأن أراد في تعلق الحكم منع؛ لأنه متعلق بمتحد هو اجتماعهما أو الزائد على واحدة منهما، وإن أراد في تحصيل متعلق الحكم؛ رد بأنه بخيرة المكلف كالمواساة بأحد الرغيفين، وخصال الكفارات، وتماثل أقدار الزكوات، وقاعدة أصولية المخير فيه.

قُلتُ: ما ذكره ابن رُشْد من الملازمة بين كون الفرقة بطلاق والغرم عزاه عبد الحق للقابسي قال: وقال بعض شُيُوخنا على قول ابن القاسم: الفرقة بطلاق؛ لأن الزوج هو الذي اختار الفسخ فيمن أراد تركه منهن، وليس كل موضع تكون الفرقة فيه بطلاق؛ يكون فيه الغرم، وما ذكره من الاتفاق في فراق كلهن، قاله عبد الحق، وزاد أبو حفص: يلزمه في كل واحدة طلقة.

قال: ولو اختار إحداهن وطلقها؛ كان عليه نصف المهر، ولا شيء للبواقي، ولا طلاق فيهن.

قُلتُ: ظاهره اتفاقًا، وليس كذلك لا فرق بين اختياره إحداهن دون طلاق أو مع طلاقها.

عبد الحق والصقلي: لو مات قبل أن يختار؛ كان لهن مهر واحد بالسوية اتفاقًا.

قُلتُ: يريد: أن لكل واحدة ربع مهرها، ونقله ابن عبد السلام بزيادة: والإرث بينهن كذلك، ولم أجده، وجريه على الإرث فيمن أسلم على عشر واضح أو أحروي لأصالة صحة عقد المراضع.

اللخمي: وعلى غرم الزوج في رجوعه بما غرم على التي أرضعتهن قولان من قولي ابن القاسم وأشهب في غرم بينة بطلاق قبل البناء رجعت بعد الحكم به، والأول أحسن.

قُلتُ: عزا عبد الحق والصقلي الإجراء على قول ابن القاسم لابن الكاتب، وذكر اللخمي الغرم مطلقًا لا بقيد عمد التي أرضعتهن، وكلام ابن الكاتب مقيد به.

وقال ابن عبد السلام: وصف العمد لغوٌ؛ لأن الخطأ والعمد في موجبات الضمان سواء.

قُلتُ: إن أراد أن هذا هو المذهب في هذا الأصل المتكلم فيه؛ فليس كذلك.

قال الصقلي عن سَحنون: اختلف أصحابنا في رجوع البينة بعد الحكم؛ فقال بعضهم: إنما تغرم في العمد دون الخطأ، وقال بعضهم: وفي الخطأ.

قُلتُ: وهذا ظاهرها في كتاب السرقة، وتحقيق النقل إن كان الإتلاف مباشرة؛ فالعمد والخطأ سواء اتفاقًا وإلا فقولان، ويرد تخريج اللخمي وابن الكاتب بأن سببية التي أرضعتهن للفراق بما هو مباح في ذاته؛ لأن إرضاع الآدميات مباح، والحكم بالفراق لأجله حكم بموجب حق، وفي البينة على العكس فيها؛ لأن قولها حرام؛ لأنه كذب مع المفسدة الناشئة عن تسببها في الحكم لكذب.

قال اللخمي: وعلى عدم الحكم بغرمه يختلف في غرم التي أرضعتهن بناءً على تعليل سقوطه عن الزوج بأنه حيل بينه وبين مبيعه مع إبطالها حقًا كان للرضيعة أو تعليل سقوطه عن الزوج ببقاء المبيع بيد بائعه.

قال ابن عبد السلام إثر كلام اللخمي هذا: وفي المدَوَّنة ما يدل على أن في هذا الأصل اختلافًا.

في ثالث نكاحها: من بنى بأم تزوجها بعد ابنتها قبل بنائه بها؛ حرمتا عليه أبدًا، ولا مهر للبنت، وإن كان الفسخ من قبله؛ لأنه لم يتعمده، فمفهومه لو تعمده غرمه.

وفي رضاعها: لا غرم على عامدة إرضاع الصغيرتين.

قُلتُ: يريد: أنهما متناقضان، وليس كذلك؛ لأن عمد الزوج قارنه تهمته على إسقاط ما يجب عليه من نصف المهر لفراقها، وهذه التهمة منتفية في التي أرضعت.

وسمع عيسى ابن القاسم: من استلحق أمتيه بعد أن زوجهما من رجل؛ لحقا به وفسخ نكاح الأخيرة.

عيسى: إن جهلت أو تزوجهما في عقد واحد؛ فسخا، وتزوج من شاء منهما بعد استبرائها.

ابن رُشْد: ولمن بنى بها مهرها.

قُلتُ: ويعاقب أبوهما إن لم يعذر بجهل كحديث إسلامه، ولما ذكر ابن الحاجب عدم الإرث فيمن أسلم على نسوة بعضهن ذميات قال: بخلاف من طلق إحدى زوجتيه، وهو نصها في الأيمان بالطلاق.

قال ابن القاسم عن بعض أهل العلم: من بنى بإحدى زوجتيه دون الأخرى، وطلق إحداهما، وجهلت ومات قبل مضي العدة؛ للمبني بها مهرها، وثلاثة أرباع الإرث، وللأخرى ثلاثة أرباع مهرها، وربع الإرث.

عياض: صح عن ابن أبان وأكثر الرواة قولها: ولو لم تعلم المطلقة، وسقط لابن وضاح، وقال: طرحه سَحنون وهو صحيح في المختلطة.

ابن خالد: هو جيد على مذهبهم؛ وإنما طرح سَحنون من المختلطة قوله: فشك الشهود؛ لأن الشهادة كذا ساقطة إن قلت: في هذا وقبوله عياضٌ نظر؛ إذ لا فرق بين (لم تعلم المطلقة) و(شك الشهود)؛ إذ لا يثبت طلاق إحداهما إلا بخبر غير مدع، والخبر به شهادة بطلاق معينة غير معينة للبينة، ومجموعهما يستلزم شك الشهود.

قُلتُ: لا يستلزمه لجواز أن تشهد البينة بطلاق معينة منهما عند الحاكم، ثم نسي عينها، وماتت البينة، أو شهدت البينة بقول الزوج مخبرًا: طلقت إحدى زوجتي فاطمة بنت، ومات قبل ذكر أبيها، وكلاهما مسمى بفاطمة، واستشكلها أبو حفص، ثم قال: لعله يريد أنهم شهدوا أنه قال: إحدى امرأتي طالق، ثم مات، ولم يقل: نويت هذه.

قُلتُ: فيه نظر؛ لأن مقتضى المذهب في فقد النيَّة أصلاً أو وقوعًا كنسيانها في إحداهما طالق طلاقهما معًا.

وسمع عيسى: ابن القاسم: من أوصى بثلاثة أفراس فقال: لفلان الفرس الفلاني وخيروا فلانًا في الباقين، والباقي لفلان، فعمي عن الشهود الفرس المسمى؛ يعطى من

سمي له ثلث كل فرس.

ابن رُشْد: أجاز شهادة البينة مع شكهم في الفرس المسمى مثل قوله في الأسدية من كتاب الأيمان بالطلاق فيمن طلق إحدى امرأتيه ولم تدر: لأن البينة شكت في أن المطلقة المبني بها أم الأخرى؟ مثل سماع أَصْبَغ ابن وَهْب خلاف مشهور قول ابن القاسم.

ووجه الصقلي وغيره قولها في المهر والإرث: بتسليم الوارث لغير المبني بها نصف مهرها، وتداعيا في الثاني فشطر، وبتسليمها للأخرى نصف الإرث، وتداعتا في باقيه فشطر.

ابن القاسم: ولو مات بعد العدة، أو كان الطلاق ثلاثًا؛ فكما مر، والإرث بينهما بالسوية.

الصقلي: بدعوى كل منهما.

اللخمي: لو علمت المطلقة دون المبني بها؛ فللباقية ما كان للأخرى، والقضاء فيما تنازعتا فيه، أو إحديهما مع الوارث بعد أيمانهما، ومن نكل اختص الحالف بما نازعه فيه مهرًا وإرثًا.

أبو حفص: إن ادعت علمها أن المطلقة المبني بها؛ حلفت على دعواها بتًا، والوارث على نقيضها بتًا إن ادعاه بتًا، فإن ادعت العلم والوارث الجهل؛ حلفت واستحقت كل المهر؛ لأن مدعي اليقين يقضى له على من لا علم له، فإن نكلت؛ حلف الوارث على عدم علمه، ولها نصف المهر فقط، ونكولهما جاهلين أو عالمين كحلفهما.

اللخمي: ولو جهلت المطلقة والمبني بها؛ فكل ما كان لهما مهرًا وإرثا بينهما بالسوية، وعدة الوفاة على كل منهما علمت المطلقة، وجهلت المبني بها، أو بالعكس إن كان الطلاق رجعيًا، ولم تنقض العدة، فإن انقضت وعلمت المطلقة؛ فقد انقضت عدتها، وإن جهلت؛ فعليهما عدة الوفاة، فإن كان الطلاق ثلاثًا، وعلمت المطلقة؛ فعدتها ثلاث حيض من يوم الطلاق، وعلى الأخرى عدة الوفاة، وإن جهلت ومات قبل مضي ثلاث حيض؛ فعليهما عدة الوفاة؛ لاحتمال زوجية كل منهما على البدلية وثلاث حيض؛ لاحتمال مقابلها كذلك.

الصقلي: في كتاب ابن سَحنون: لو كانت إحداهما بتفويض وجهلت، والمطلقة مجهولة؛ فللمبني بها نصف مسماها ومهر المثل.

الصقلي: وللأخرى ثلاثة أثمان المسمى؛ لأن الواجب لها مسمى لها ثلاثة أرباع المهر لما مر، ثم احتمال كونها مفوضًا لها يسقطها فشطرت والإرث كما مر.

قُلتُ: ظاهره: أن هذا التوجيه للصقلي، وهو في النوادر لسَحنون، وهو قائل المسألة بتمامها لابنه.

قال: وفيه لو عرفت المسمى لها، وجهلت المبني بها؛ فالإرث بينهما، وللمسمى لها سبعة أثمان مهرها؛ لثبوت نصفه دائمًا، وباقيه في ثلاثة أحوال وسقوطه في حال.

الصقلي: يثبت لها غير مطلقة مبنيًا بها وغير مبني بها، ومطلقة مبنيًا بها لا مطلقة غير مبني بها.

قال: لمن لم يسم لها نصف مهر مثلها؛ لأنه يثبت في حالين، ويسقط في حالين.

الصقلي: يثبت لها مبنيًا بها مطلقة وغير مطلقة، لا غير مبني بها مطلقة وغير مطلقة، فإن جهلت المسمى لها أيضًا؛ كان مالهما - وهي معلومة - بينهما أيضًا، فإن كان نصف مهر هذه ثلاثين ونصف مهر هذه عشرين؛ فالخمسون مع سبعة أثمان المهر بينهما.

قُلتُ: هذا في جملة من نسخ الصقلي، والصواب ما في النوادر، ونصه: نصف الخمسين بينهما مع سبعة أثمان المسمى.

قُلتُ: يريد: ولكل منهما مما أقيم مقام مهر المثل ما يجب لها منه بقدر مهر مثلها؛ فلذات الأربعين عشرة، ولذات الستين خمسة عشر، ومن أسلم عن أم وابنتها، ولم يبن بواحدة منهما؛ ففي تخييره في إحداهما مطلقًا، ولزوم الأولى مطلقًا ثالثها: تحرم الأم وتثبت البنت، ورابعها: يفارقهما، ثم يتزوج البنت إن شاء، وخامسها: إن تزوجهما في عقد واحد، وإلا فارق الثانية فقط لها، ولتخريج اللخمي المذكور فيمن أسلم على عشر.

والصقلي عن أشهب مع اللخمي عنه وعن مالك، والصقلي مع اللخمي عن الغير وعبد الحق عن بعض شُيُوخه عنه قائلاً: ولا يكون عنده أشد حالاً من المسلم إذا

فعل ذلك.

قُلتُ: يرد بأن معيتهما في إسلامه عليهما كمعيتهما في عقد.

محمد: وذكر لنا عن أشهب: تحرم الأم بالعقد على البنت في الشرك، وتحرم على أبيه وابنه.

وعنه: لو فارق زوجته في الشرك قبل أن يمسها، ثم نكحها أبوه أو ابنه، ثم فارقها أو مات عنها، ثم نكحها الأول، وأسلم عليها إن تلذذ بها الثاني؛ حرمت عليهما، وإلا فعلى الثاني فقط.

وفيها: لو بنى بهما؛ حرمتا أبدًا، ولو بنى بإحداهما؛ ففي ثبوته عليها، وحرمتهما إن كانت الأم وإلا فارقهما، وتزوجها إن شاء مطلقًا، ثالثها: هذا إن كان تزوجهما في عقد، وإلا ثبت عليهما، ورابعها: إن كانت الأولى وإلا فارقهما لها وللغير فيها، والتخريج على نقل عبد الحق في الأولى، ومقتضى تخريج اللخمي لأشهب.

وفيها: لابن القاسم: إن ترك البنت؛ لم يعجبني أن يتزوجها ابنه.

قُلتُ: ولا يناقضها قولها: إن تزوج مسلم أمًا وابنتها، ولم يبن بواحدة منهما؛ فارقهما، وتزوج من شاء منهما؛ لأن الإسلام عليهما أقرب للصحة لتخييره فيهما.

وقول ابن الحاجب: لا يتزوج ابنه أو أبوه من فارقها؛ عامٌّ في الأم والبنت تركهما أو إحداهما، فإن أراد الكراهة؛ فهو ما تقدم، وظاهره الحرمة ولا أعرفه، ورده ابن عبد السلام بما تقدم عنها.

وبنقل اللخمي عن محمد عن ابن القاسم وأشهب: إن مات كافر عن زوجة لم يمسها أو فارقها؛ لم تحرم على أبيه وابنه، وليس ذلك بنكاح حتى يسلم عليه.

قُلتُ: ومثله قولها: قيل: فذمي أو حربي تزوج امرأة، فماتت قبل أن يمسها، فتزوج أمها، ثم أسلما جميعًا؛ فلم يذكر جوابًا، وأتى بنظير يدل على جواز النكاح وثباته، وهو إسلام المجوسي على أم وابنتها.

وفي الرد على ابن الحاجب بهذه المسألة ومسألة محمد تعقب؛ لأن ما أسلم عليه أقرب للصحة حسبما مر، فإن قلت: فالقياس المعبر عنه البراذعي (بقيل) إذًا أحروي فما وجه قوله: قيل؟.

قُلتُ: لإيهام المساواة بين ما سئل عنه والنظير المقتضية كراهة نكاح ابنه أو أبيه من عقد عليها في الكفر، ومات أو طلق، وليس كذلك لما مر من الفرق بين عقد الكفر دون إسلام عليه ومعه، ورده أيضًا بأن قال: لو انتشرت حرمة المصاهرة بين المتروكة وأبيه وابنه بسبب العقد المتقدم؛ لانتشرت بينه وبين أم من تركها، واللازم باطل والملازمة ظاهرة، وفيه نظر.

قُلتُ: ما ذكره من دليل التلازم هو على مشهور المذهب من عدم حرمة الأم، فيكون نقل ابن الحاجب منافيًا للمشهور؛ لأن منافي اللازم مناف ملزومه، وفي قوله على هذا بعد قوله الملازمة ظاهرة نظر، نعم يمكن القدح في الملازمة بأن يقول: لا يلزم من حرمة المتروكة على أبيه وابنه حرمة أمها عليه؛ كحرمة المصاهرة في غير هذه الصورة؛ لأن موجب حرمتها على أبيه وابنه، وهو نفس وصف جواز بقائه على نكاحها بسابق عقده عملاً بالمناسبة، وهذا الوصف يمتنع إيجابه حرمة أمها عليه؛ لمنافاته لحرمة أمها عليه، وبيان منافاته لها أنه كلما حرمت أم المتروكة عليه؛ لزمه البقاء على نكاح المتروكة لصيرورته، كما لو أسلم عليها وحدها لمتقدم نقل اللخمي عن المذهب: أن من أسلم على من يصح نكاحه إياها؛ كان نكاحه لازمًا؛ كعقد صحيح الإسلام، فكلما حرمت أم المتروكة؛ لزمه البقاء عليها، فلزوم البقاء عليها لازم حرمة أمها عليها؛ لكن جواز البقاء على المتروكة ينافي وجوبه ضرورة منافاة الجواز الوجوب، فجواز البقاء على المتروكة ينافي لازم تحريم أمها عليها، ومنافي لازم الشيء مناف له، فجواز البقاء على المتروكة ينافي حرمة أمها، ومنافي الشيء يمتنع كونه موجبًا له.

وفيها عقب ذكر تخيير من أسلم على عشر: وكذلك الأمر في الأختين.

المتيطي: عن أبي الفرج عن ابن الماجِشُون: يفسخ نكاحها.

قُلتُ: فيلزمه في العشر، ولم يقله لمتقدم قوله في العشر: إن بان كون الأربع أخوات اختار من الست، وجري قول ابن بكير وابن الكاتب في المراضع واضح في الأختين، وكون إسلام المجوسي كغيره واضح، ذكره ابن الحاجب بعد ما تقدم كتكرار.

وإسلام الحربي على كتابية تقدم.

الإحرام: يحرم على المحرم نكاحه وإنكاحه ويوجب فسخه.

أبو عمر: في تأبيد حرمتها عليه؛ كالنكاح في العدة روايتان، المشهور الثانية.

الباجي: وسفارته في النكاح ممنوعة إن سفر فيه وعقده غيره، أو سفره فيه لنفسه، وأكمل عقده بعد التحلل؛ فلم أر فيه نصًّا، وأرى أنه أساء ولا يفسخ، ويتخرج على قول أصحابنا فيمن خطب في العدة، وعقد بعدها القولان.

قُلتُ: المنع في العدة أشد.

قال: وإن خطب في عقد النكاح، وعقد غيره، فكما مر.

وروى أشهب: إساءة من حضر العقد.

وقال أشهب: لا شيء عليه.

وفي الموطأ والموازيَّة والجلاب: له رجعة امرأته في العدة[1].

أبو عمر: اتفاقًا من فقهاء الأمصار.

الباجي: روي عن أحمد: منعها.

ابن عبد السلام: لا يبعد تخريجه في المذهب من حرمتها، ووجوب الإشهاد على رجعتها.

قُلتُ: الاتفاق على ثبوت الإرث بينهما ينفيه، وحرمتها لا ترتفع برجعتها؛ بل حرمة الإحرام أشد؛ لعدم القدرة على رفعها.

الجلاب وأبو عمر: وله شراء الجواري.

ابن عبد السلام: لا يبعد منعه على ما مال إليه بعض شُيُوخ المذهب فيمن تراد للفراش: أنها فراش بنفس العقد.

قُلتُ: يرد بأن مظنة وقوع الوطء في الزوجة أقوى لحقها فيه، وهو مظنة الطلب والطلب مظنة الإجابة، وبأن النكاح خاص بالوطء، وإليه أشار في الجلاب بقوله: لأنه لا ينكح إلا من يحل له وطؤها، ويجوز أن يملك من لا يحل له وطؤها.

قُلتُ: وبقوة فراش الزوجة؛ لأنه لا ينفى ولدها إلا بلعان بخلاف الأمة العلية.

الشيخ عن ابن حبيب عن مالك وأصحابه: يفسخ نكاحه ولو طال، وولدت

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 4/798، كتاب الإيلاء، رقم (2047).

الأولاد في فسخه بطلاق روايتان، اختار ابن الماجِشُون الأولى للخلاف فيه.

قُلتُ: الثانية: سماع عيسى ابن القاسم.

ابن رُشْد: هي إحدى قولي مالك فيها، واختاره سَحنون، وهو القياس على أصل المذهب أنه نكاح لا يجوز، وما لا يجوز لا ينعقد، فكان الأولى أن يكون فسخًا؛ إذ لا يفسخ إلا ما عقد، واختار ابن القاسم كونه بطلاق.

قُلتُ: الأظهر: الأولى: إن كان بعد تلذذ ينشر الحرمة

الشيخ عن محمد: روى ابن القاسم: من نكح بعد رمي جمرة العقبة قبل الإفاضة؛ فسخ بغير طلاق، ثم قال: بطلاق، وقاله ابن القاسم: ومن أفاض ونسي الركعتين، فإن نكح بالقرب؛ فسخ بطلقة، وإن تباعد؛ جاز نكاحه.

ونقله ابن رُشْد وقال: القرب بحيث يمكنه أن يرجع، فيبتدئ طوافه، ولو تزوج بالقرب، فلم يعلم بذلك حتى بعد جدًا على الخلاف فيمن تزوج مريضًا، فلم يعلم بذلك حتى صح، ولا يدخل هذا الخلاف فيمن تزوج محرمًا، فلم يعلم بذلك حتى حل، حكى الفرق بين الموضعين أبو إسحاق[1].

الشيخ عن محمد: لو نسي الإفاضة، وطاف للوداع، وخرج وأبعد، ثم نكح؛ جاز نكاحه لإجزاء طواف وداعه.

وسمع ابن القاسم: من وطئت قبل الإفاضة؛ عليها العمرة والهدي، فإن تزوجت؛ فسخ نكاحها حتى تعتمر وتهدي، ثم تتزوج، فإن كان بنى بها؛ لم يتزوجها حتى يستبرئها بثلاث حيض.

ابن رُشْد: جعلها كمن تزوجت قبل بلوغها بلدها قبل تمام إفاضتها وهو بعيد؛ لأن هذه باقية على إحرامها، والتي وطئت قبل الإفاضة حلت بإفاضتها، وعليها الهدي فقط في قول جل العلماء، ورأى مالك: عليها العمرة مع الهدي بإحرام جديد؛ فهي قبله

(1) هو: أبو إسحاق، إبراهيم بن حسن بن إسحاق التونسي، تفقه بأبي بكر عبد الرحمن، وأبي عمران القابسي، ودرس الأصول على الأزدي، وتفقه عليه جماعة منهم عبد الحميد بن سعود، وعبد الحميد الصائغ، له شروح حسنة وتعاليق على كتاب ابن الموَّاز والمدَوَّنة، توفي في القيروان سنة: 443هـ.
انظر ترجمته في: الديباج المذهب، ص: 88، وشجرة النور الزكية، ص: 108.

حلال، وإلا لما ارتدفت عليها العمرة، فإنما نكحت، وهي حلال؛ فلا يفسخ نكاحها، ويلزم على فسخه جزاء ما قتلت من صيد وهو بعيد.

قُلَتُ: لعله يلزمه.

قال: وفي الموازيَّة: إن تزوجت ودخلت، وقد نسيت بعض إفاضتها؛ فسخ نكاحها، ولها المسمى وتعتد بثلاث حيض، وترجع على إحرامها؛ لتمام إفاضتها، وتعتمر وتهدي، فإن تزوجها في الثلاث حيض؛ حرمت عليه أبدًا، وتوقف محمد في حرمتها عليه لا في حرمتها على غيره إن تزوجها فيها.

قُلتُ: وجه فسخ نكاحها أن إيجاب العمرة في هذا الأصل؛ إنما هو ليأتي المفسد بطواف في إحرام لا فساد فيه يتمم حجه؛ كأنه متصل به حكمًا.

وفي الجلاب والكافي: لا يتزوج المحرم، ولا يتزوج حلالاً حتى يفيض.

قُلتُ: يريدان: ويركع أو يطول حسبما مر.

قالا: وفي العمرة حتى تسعى.

قُلتُ: هذا هو الواجب، والمستحب حتى يحلق أو يقصر؛ كلبس المخيط في الرجل.

في الموازيَّة: إن أمر حلال من يزوجه، فزوجه بعد إحرامه؛ فسخ.

قُلتُ: الأظهر إن كانت الزوجة ببلد بعيد عن الزوج بحيث ينقضي إحرامه قبل الاجتماع بها عادة جوازه، وعدم فسخه.

والمرض: اللخمي: غير المخوف أو أول طويله؛ كالسل والجذام كصحة، ومخوف أشرف من به على الموت يمنع نكاحه ومخوف غيرهما.

قُلتُ: في جواز نكاح من به مطلقًا أو لضرورة؛ كحاجته لمن يقوم به أو ممن لا ترثه أمة أو كتابية، رابعها: هذا إن كان المهر ربع دينار أو حمله غيره، وخامسها: أو بإذن وارثه، وسادسها: منعه مطلقًا للخمي عن مُطَرِّف، ورواية ابن المنذر وأبي مصعب واختياريه والمشهور.

قُلتُ: لم أجد في سنن ابن المنذر عن مالك إلا المنع.

الشيخ عن محمد: اتفق مالك وأصحابه على فسخه ما لم يصح، وعلى المشهور في

صحته بصحته اختيار ابن القاسم رجوع مالك لصحته عن فسخه.

قال: وأمرني بمحوه، وسمع أشهب: فسخه.

العتبي: واختاره سَحنون، وقال أَصْبَغ: لم أزل أقوله، وقاله أشهب، ورواه ابن وَهْب، وليست رواية ابن القاسم بشيء.

ابن رُشْد: الأظهر ما اختاره ابن القاسم؛ لأن منعه إنما هو خوف موته، وقد بان عدمه، وقياسه على نكاح المحرم، ووقت نداء الجمعة؛ يرد بأن المنع فيهما لنفس الإحرام والوقت لا لأمر بان عدمه.

وقول اللخمي: يحسن الخلاف إن علما أن حكمه سقوط الإرث والمهر في الثلث ميل لصحته إن جهلا ذلك.

قال: وعلى صحته بصحته إن علم به في مرضه، ففي فسخه مطلقًا أو قبل البناء ثالثها: فسخه استحباب لمحمد وابن كنانة وابن القُصَّار وهو أحسنها.

قُلتُ: فيضاف للستة سابعها.

ابن حارث: اتفقوا على أنه لا يجوز نكاح المريض، ولو أذن ورثته فيه؛ لاحتمال إرثه غيرهم، ولو شهدت بينة بنكاحه صحيحًا، وبينة به مريضًا مرض المنع، ففي تقديم بينة المرض أو الصحة ثالثها: تهاتر ترجح التي هي أعدل لابن حريز عن أبي القاسم بن خلف الجيري مع مفهوم قول ابن زَرْب وأَصْبَغ بن سعيد وعبد الرحمن بن أحمد بن بقي بن مخلد.

وفيها مع غيرها: إن فسخ قبل البناء؛ فلا مهر.

وبعده قال اللخمي: إن كانت هي المريضة؛ فلها المسمى من رأس ماله، وإن كان مريضًا؛ ففي استحقاقها المسمى، أو مهر المثل نقلا ابن محرز عن عبد الملك مع رواية القرينين، والصقلي عن رواية الموازيَّة، وعبد الحق عن ابن حبيب، وعن سَحنون عن ابن القاسم مع ابن محرز عن محمد وابن عبدوس.

وفي ثاني نكاحها: إن دخل؛ فمهرها في ثلثه.

زاد في الأيمان بالطلاق: إن زاد على مهر مثلها؛ سقط ما زاد.

عياض: فسرها أبو عمران بالأقل منهما في رواية ابن باز[1] وابن خالد.

قال سَحنون: غلط ابن القاسم في هذه الرواية، وقاله ابن القاسم في ثاني نكاحها.

قال أبو عمران: إنما تعلق يعني سَحنون بقوله: لها صداقها؛ ففهم منه المسمى، واختلف قول ابن القاسم فيه، وفي كون المهر في الثلث أو رأس ماله ثالثها: هذا في ربع دينار لمعروف المذهب مع قول عبد الحق في بعض تعاليق أبي عمران: أجمع عليه أصحابنا والقابسي عن المغيرة، واختياره مع قول عبد الحق: هذا الذي حفظت من شُيُوخنا، وهو حسن؛ إذ لا يستباح بضع بأقل منه، وكالسيد يفسخ نكاح عبده بعد بنائه يترك لزوجته ربع دينار، والسيد أحرى من الورثة.

وقال أبو عمران: لا أدري من أين نقل القابسي عن المغيرة؟ الذي رأيت في كتاب المغيرة أنه من الثلث.

عبد الحق عن ابن حبيب: ويدخل فيما لم يعلم به.

الصائغ عن عبد الملك: كل المسمى في الثلث مبدأ، وفي الأيمان بالطلاق منها لها مهر المثل مبدأ على الوصايا.

ابن القاسم: الوصايا العتق وغيره.

الصقلي: روى محمد: لا يبدأ عليه إلا مدبر الصحة، وقال مرة: ولا مدبر الصحة، وليس بشيء، ولسَحنون عن ابن القاسم: إن زاد المسمى على المثل؛ بدئ مهر المثل على الوصايا، وعلى مدبر الصحة، وسقط الزائد، وقيل: يحاصص به الوصايا.

الصقلي: من منع توارثهما أثبت الزائد؛ لأنه وصيَّة لغير وارث، ومن أثبت إرثها منه أسقطه؛ لأنه وصيَّة لوارث.

قُلتُ: هذا نص منه بوجود القول بإرثها منه، وظاهر قول ابن رُشْد في سماع

---

(1) هو: إبراهيم بن محمد بن باز، يعرف بابن القزاز، قرطبي، يكنى أبا إسحاق، فقيه عالم ورع زاهد فاضل حافظ للمذهب متقن له، ربما قرئت عليه المدَوَّنة والأسمعة ظاهرًا فيرد الواو والألف، بصير بالحديث، مقرئ للقرآن، رأس فيه، سمع من يحيى ابن يحيى، ورحل، فسمع من يحيى بن بكير، وسَحنون وغيرهم، سمع منه الناس، توفي رحمه الله سنة: 274هـ.
وانظر ترجمته في: الديباج المذهب، ص: 140-141.

القرينين الاتفاق على أنها لا ترثه، سمعا: من نكح وهو مريض، فماتت لا يرثها، كيف يرثها ولا ترثه؟.

ابن رُشْد: قوله: لا يرثها؛ إنما يأتي على قول سَحنون: ما غلبا على فسخه لا إرث فيه، وعلى قول ابن القاسم: ما اختلف فيه فيه الإرث؛ يرثها، ولا سيما على صحته بصحته؛ لأن بموتها انتفت علة فساده، وتعليله بأنها لا ترثه غير بين؛ إذ قد يطرأ على النكاح ما يمنع إرث أحدهما دون الآخر ،كمن خالع في مرضه ترثه ولا يرثها.

قُلتُ: اقتصاره على تعليله بهذا دون منع الحكم الذي به علل، وهو قوله: لا ترثه؛ دليل على عدم ثبوت خلافه عنده، ونقضه بخلع المريض يرد بأنه لعارض عرض لنكاح صحيح، ونكاح المريض فاسد بأصله.

وللتونسي: وأظنه في شرح الموازيَّة تعقب قول ابن القاسم بأن المهر إن عد كثمن فمن رأس المال وإلا سقط؛ لأنه عطية قصد أنها من رأس المال فتبطل.

قال ابن عبد السلام: أجيب بأن الزائد كذلك فيبطل، ومهر المثل من حيث كونه عوضًا كثمن، ومن حيث كونه لا عن عوض مالي كعطية، فتوسط فيه بجعل من الثلث.

قُلتُ: في قول التونسي: وإلا سقط؛ لأنه عطية قصد أنها من رأس المال، فتبطل وقبوله ابن عبد السلام نظر؛ لأن قصد كونها من رأس المال إن كان قبض؛ فالفرض عدمه، وإن كان بمجرد فعله في المرض، أو المعاوضة عليه بغير مالي، فظاهر المذهب أن مجرد ذلك لا يوجب القصد من رأس المال لقولها في السلم الثالث: محاباة المريض في بيعه وشرائه في ثلثه، ومثله في أول عتقها: من ابتاع في مرضه عبدًا بمحاباة فأعتقه؛ العتق مبدًّى على محاباته؛ لأنه وصية، ونحوه في الوصايا الأول والحبس، وغير موضع واحد منها ومن غيرها.

محمد: لو أصدقها في مرضه جارية فماتت بيدها؛ لم تضمنها.

ابن محرز: لأنه إن بنى بها، فهي مهرها وإلا ضمنتها ضمان المهر المستحق بالبناء، وما تستحقه به إن هلك؛ لم تضمنه إن طلقها، فكذا في الفسخ؛ لثبوت كونها مهرًا إن بنى بخلاف مهر الغرر؛ لأنها لا تستحقه بالبناء الواجب لها به مهر المثل، هذا على أن الواجب

في نكاح المريض المسمى، وعلى وجوب مهر المثل فيه تضمن ما زادت قيمتها عليه.

[باب الخنثى]

والخنثى: من له فرج الذكر والأنثى[1]، إن وجد دليل تخصيصه بأحدهما، فواضح وإلا فمشكل.

قال ابن حبيب وغير واحد: لا ينكح ولا ينكح.

ابن المنذر عن الشافعي: ينكح بأيهما شاء، ثم لا ينتقل عن ما اختار، وفي ثاني نكاحها: ما اجترأنا على سؤال مالك عنه.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: أول من حكم فيه عامر بن الظرب في الجاهلية نزلت به قضية سهر ليلة، فقالت له خادمه سخيلة راعية غنمه: ما أسهرك يا سيدي؟ قال: لا تسأليني عما لا علم لك به، ليس هذا من رعي الغنم، فذهبت، ثم عادت، وأعادت السؤال، فأعاد جوابه، فراجعته وقالت: لعل عندي مخرجًا، فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى، فقالت: أتبع الحكم المبال، ففرح وزال غمه.

زاد المتيطي: وكان الحكم إليه في الجاهلية، فاحتكموا إليه في ميراث خنثى، فلما أخبرته بذلك؛ حكم به.

الجوهري: الظرب بالظاء المعجمة، وكسر الراء، واحد الظراب، وهي الزوايا الصغار، منه عامر بن الظرب العدواني أحد فرسان العرب.

عبد الحق وغيره: ثم حكم به في الإسلام علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

اللخمي عن ابن القاسم: إن بال من ذكره فغلام، وإن بال من فرجه؛ فجارية؛ لأن النسل من محل البول وفيه الوطء.

اللخمي: قوله: المراعى ما يكون منه الولد صحيح.

وقوله: مخرج البول غير صحيح؛ لأن مخرجه غير مخرج الحيض الذي هو مخرج

(1) قال الرَّصاع: هذا الرسم يعم الخنثى المشكل وغير المشكل، وهو ظاهر، فإن وجد دليل يدل على الذكورية أو الأنوثية عمل عليه، وإلا كان مشكلاً، والله أعلم.

الولد ومحل الوطء.

قُلتُ: وتمام ذكر خواص أحد الصنفين ذكرته في مختصر الحوفية.

اللخمي عن ابن حبيب: ويحكم فيه بالأحوط في صلاته واستتاره، وشهادته يتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم على النساء.

عبد الحق: لا يطأ ولا يوطأ.

وقيل: يطأ أمته.

قال: وفي بعض تعاليق أبي عمران عن ابن أخي هشام: إن مات اشترى له خادم تغسله.

قال: وقيل: إن زنى بذكره؛ لم يحد؛ لأنه كأصبع وبفرجه يحد.

المتيطي: في حده إن ولد من فرجه قولا بعضهم وأكثرهم لحديث: **«ادرؤوا الحدود بالشبهات»**[1]، واختاره بعض الموثقين: نزلت بجيان، فاختلف فيها فقهاؤها، فأفتى ابن أيمن وغيره بنفي الحد، ووضع الخنثى ابنًا، ومات من نفاسه.

قُلتُ: فيتحصل في حده ثالثها: إن ولد، وينبغي أن يتفق عليه؛ لأن ولادته من فرجه دليل أنوثته، ومفهوم أقوالهم: أنه إن زنى بذكره؛ لم يحد، ورأيت في بعض التعاليق عن ابن عبد الحَكم: من وطئ خنثى غصبًا؛ حد.

زاد الشعبي عن بعض أهل العلم: وعليه نصف المهر.

قُلتُ: هذا على قول الأقل، وعلى قول الأكثر وابن أيمن: لا يحد إلا أن يقال إشكاله كصغر الأنثى يحد واطؤها، ولا تحد، وفيه نظر.

قُلتُ: والأظهر إن زنى بذكره وفرجه؛ حد اتفاقًا، وحد قاذفه يجري على حده، وفي نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم: في قطع ذكره نصف ديته، ونصف حكومة.

قال: وصفة جسه أن يستر فرجه، ويجس الرجال ذكره، ويستر ويجس النساء فرجه، ثم قال: ولو ادعى مشتري رأس من الرقيق أنه خنثى غطى فرجه، ونظر الرجال ذكره، وغطى ذكره، ونظر النساء فرجه.

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1424) في الحدود، باب ما جاء في درء الحدود.

قُلتُ: وكذا في دعوى أنه خنثى بعد نكاحه على أنه رجل أو امرأة، ونزلت بتونس ففسخ نكاحها، وفي نظر الرجال لذكره والنساء لفرجه على القول بالنظر لفرج الرجل، والمرأة في العيب احتمال؛ لاحتمال الفرق بتحقق ذكورية الرجل وأنوثة المرأة، وفي كون الواجب له إن غزا ربع سهم أو نصفه.

نقل الصقلي عن المذهب مع قول عبد الحق: ذكر لأبي عمران: أن بعض الناس قال: له ربع سهم؛ لأن له في حال سهمًا، وفي حال لا شيء له.

وابن عبد الحَكم في بعض التعاليق مع نقل الشعبي عن بعض أهل العلم موجهًا له بما وجه الأول قوله: ولم يعرف جل شُيُوخ شُيُوخنا غير الأول.

قال بعضهم: جرت مسألته في كتاب الجهاد بدرس الشيخ الفقيه الصالح أبي محمد الزواوي فقال جل الطلبة: له نصف سهم، فقال منهم الشيخ الفقيه الصالح الورع أبو علي القروي: له ربع سهم، فدعا له الشيخ قال: فمن يومئذ صلاحه، وورعه يتضاعف.

أخبرني وغيري والدي: أنه رأى سيدنا محمد ﷺ في النوم في رؤية صالحة ذات تثبت منها.

قال: قلت له: يا سيدي رسول الله فلان من أهل الجنة؟ - يعني بعض فقهاء عصره - قال: وسميته باسمه.

قال: قال لي: عمر القروي وأحمد السقطي من أهل الجنة، فأعدت عليه مرتين أخريين يجيبني في كلتيهما بجوابه الأول.

وأبو العباس السقطي كان مؤدبًا بتونس عليه قرأ والدي وشيخنا ابن عبد السلام، وجماعة من الصالحين، أخبرني بعضهم بمشاهدته صدور الكرامة منه.

وفي بعض التعاليق: يحتاط في الحج لا يحج إلا مع ذي محرم، لا مع جماعة رجال فقط ولا مع نساء فقط.

قُلتُ: إلا أن يكن جواريه أو ذوات محارمه، وفيه، ويلبس ما تلبسه المرأة ويفتدي.

قُلتُ: ظاهره: يلبس ما تلبسه المرأة ابتداءً، والأظهر أن ذلك فيما يجب على المرأة ستره، وفي غيره لا يفعله ابتداءً، فلا يلبس المخيط إلا لحاجة، وفيه يسجن وحده لا مع رجال ولا مع نساء، وإن مات ولا محرم معه ولا مال له؛ اشتري له من بيت المال أمة

تغسله، وتعتق وولاؤها للمسلمين.

قُلتُ: مقتضى الاحتياط أنه كرجل مع نساء، وفي الأمة من بيت المال نظر؛ إذ لا ملك له فيها، فلو كان لورثتها عنه وارثه أو بيت المال؛ فلا موجب لعتقها.

وعيب أحد الزوجين جاهلًا به الآخر، ولا رضي به يوجب خياره، والتصريح بالرضا واضح، ودليله مثله.

أبو عمر: تلذذه بها عالمًا به رضىً، وفي تمكينها إياه عالمةً بعيبه رضىً.

قُلتُ: ومتقدم دليل اختيار من أسلم على عشر يدل عليه، وفي الطلاق والإيلاء نظر، ودليل اختيار الأمة في الخيار بما يتأتى منه في الزوجة رضىً منه.

الجنون: في خيارها يتلوم للمجنون سنة ينفق على امرأته فيها، فإن لم يبرأ؛ فرق بينهما.

وفي ثاني نكاحها: إن حدث به بعد نكاحه؛ عزل عنها، وأجل سنة لعلاجه.

قُلتُ: ظاهر سماع زونان رواية ابن وَهْب: إن لم يؤمن عليها حبس في حديد أو غيره أنه لا يخرج من منزلها؛ ولذا قال الباجي إثر قول مالك: يحبس في حديد أو غيره إن خيف عليها من ذلك؛ فرق بينهما في السنة عندي.

الباجي: الصرع أو الوسواس المذهب للعقل.

رواه محمد: قال: وقال مالك: يؤجل الموسوس سنة.

قُلتُ: نحوه سماع زونان ابن وَهْب: المعتوه والمطبق، ومن يختنق مرة بعد مرة سواء، ومثله في سماع عيسى ابن القاسم.

ابن رُشْد: سماع يحيى ابن القاسم: يؤجل سنة؛ جن قبل بنائه أو بعده؛ تفسير لسماع سَحنون ولها.

وفي لغو جنون من أمن أذاه زوجته ثالثها: إن حدث بعد البناء، لابن رُشْد عن سماع زونان أشهب مع ابن وَهْب، وسماع عيسى قول ابن القاسم مع روايته، وقول اللخمي: اختلف إن حدث بعد البناء.

قال مالك: إن لم يخف عليها منه في خلواته؛ ألغي.

وقال أشهب: إن لم يخف منه؛ ألغي، وإن كان لا يفيق؛ يريد: إن احتاج إليها، وإلا

فرق بينهما؛ لأن بقاءها ضرر عليها دون منفعة، ولم يحك ابن رُشْد غير الأولين.

الباجي: أشار ابن حبيب لإلغاء ما حدث بعد العقد قال: لو ظهر بمن تزوج صغيرًا حمق مطبق، فأرادت زوجته أو ولي الصغيرة؛ فسخ نكاحه وقالت: كان جنونه قديمًا ظهر بالبلوغ هذا لا يعرف، وهو على الحدوث.

وجذام الرجل قبل عقده عيب إن كان بينًا، ولو لم يتفاحش.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وفي كون ما حدث بعده كذلك، أو إن كان متفاحشًا تغض الأبصار دونه ثالثها: لا يفرق بها حدث بعد البناء حتى يتفاحش.

لابن رُشْد عن ابن القاسم قائلاً فيها: إن رجي برؤه؛ لم يفرق بينهما إلا بعد أجله سنة لعلاجه، وسماع زونان أشهب وقول اللخمي: إن حدث بعد الدخول فرق من كثيره لا من قليله لاطلاعه عليها.

وسمع زونان ابن وَهْب: إن شك في كونه جذامًا؛ لم يفرق به.

ابن رُشْد: إن رضيت بالبقاء، ثم أرادت الفراق؛ ففي كون ذلك لها ثالثها: إن زاد عما به رضيت، لسماع زونان قول أشهب في المتفاحش على أصله، ودليل قول ابن وَهْب في سماع زونان: يفرق بينهما، وإن لم يكن مؤذيًا؛ لأنه لا يؤمن زيادته، وسماع عيسى ابن القاسم.

قُلتُ: إن أراد بالأول قصره على المتفاحش؛ فواضح، وإن عممه فيه، وفي غيره بناءً على مدرك القول دون عين القول؛ وهو أن مطلق الرضى بالشيء لا يستلزم الرضا به دائمًا، ورد بأن دوام الأشق أشق من دوام المشق؛ يرد الثاني بأن تعليل اعتبار غير المؤذي بعدم أمن زيادته لا يدل على أن الرضى به رضىً بزيادته، ولو كان الرضى بقابل الزيادة رضىً به ما تصور اختلاف قولي ابن القاسم وأشهب.

قُلتُ: فيمن ابتاع أمة ذات ورم برؤيتها به، فلما قبضها قال: زاد، وأكذبه بائعها.

وسمع عيسى ابن القاسم: من زوج أمته من عبده، فتجذم رفع السيد ذلك للسلطان، فهو الذي يفرق بينهما إن كان جذامًا بينًا، ويثبت بما به يثبت البرص، وفي منع شديد الجذام وطئه إماءه سماع عيسى ابن القاسم قائلاً: إن كان فيه ضرر، ونقل العُتْبِيّ عن سَحنون.

ابن رُشْد: الأول أظهر؛ لأنه ضرر بين.

قال عمر ﷺ لمجذومة تطوف بالبيت: يا أمة الله لا تؤذي الناس لو جلست ببيتك، فجلست[1].

قُلتُ: هو أثر الموطأ: وفيه زيادة.

وبرصه: فيه طرق:

اللخمي: في الرد به ثالثها: بما قبل العقد مطلقًا وبما بعده إن تفاحشا لرواية ابن القاسم: يرد به قبل العقد؛ يريد: ولو قل، ورواية أشهب وقول ابن حبيب.

الباجي: إن غرها به؛ ففي خيارها به روايتا القاضي بالأولى.

قال ابن القاسم وابن عبد الحكم: وهو الصحيح، ولو حدث بعد العقد؛ ففي لغوه، ولو كان شديدًا قول ابن القاسم مع مالك وسماع عيسى ابن القاسم: إن كان فيه ضرر لا يصبر عليه؛ خيرت.

ابن رُشْد: ما قبل العقد شديدًا يفرق به اتفاقًا، وفي يسيره سماع ابن القاسم، وسماعه عيسى مع محمد عن رواية أشهب وبعده يسيره لغو اتفاقًا، وفي شديده أو كثيره نقل محمد رواية علي وسماع ابن القاسم.

ابن زرقون مثله، وعزا الأخير لابن القاسم، وغيره لا لسماعه.

وقول ابن عبد السلام: قال ابن رُشْد وتبعه غير واحد: إن كان شديدًا؛ خيرت اتفاقًا، وفي اليسير اختلاف، خلاف ما تقدم لابن رُشْد.

المتيطي: يعرف الجذام والبرص بالرؤية ما لم يكن بالعورة، فيصدق الرجل فيهما.

قال بعض الموثقين: حكى بعض شُيُوخنا: نظر الرجال إليه كالنساء إلى المرأة.

المتيطي: ويؤجلان سنة لعلاج زوال عيبهما إن رجي.

[باب الجب]

وعيب فرج الرجل الجب.

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 625/3، في جامع الحج، برقم (1603).

عياض: المجبوب المقطوع كل ما هنالك[1].

قُلتُ: ولا يرد بقولها: إن كان مجبوب الذكر قائم الخصي؛ لأن المفسر المطلق غير مضاف.

[باب الخصي]

والخصي: عياض: هو زوال الأنثيين قطعًا أو سلاً.

ابن حبيب: وذكره أو بعضه قائم، ويطلقه الفقهاء على مقطوع أحدهما[2].

[باب العنين]

والعنة: حاصل نقل عياض والباجي وقول القاضي: أن العنين ذو ذكر لا يمكن به جماع لشدة صغره، أو دوام استرخائه.

الباجي عن ابن حبيب: العنين من لا ينتشر ذكره، ولا ينقبض، ولا ينبسط.

[باب الحصور]

قال: وانفرد بذكر الحصور، وفسره بمن خلق دون ذكر، أو بذكر صغير كالزر لا يمكن به وطء، وجعله القاضي من مسمى العنين.

قُلتُ: يرد قوله: (انفرد به) بقول الشيخ في النوادر: روى أبو زيد في الحصور: له مثل الثؤلولة أنه كالخصي لا يؤجل، وتطلق عليه مكانه، يعني إن طلبته، وقاله سَحنون.

اللخمي: قطع الحشفة كقطع الذكر، وفي كون قطع الأنثيين دون الذكر كقطعه قولا مالك وسَحنون، وهو الصواب كعقيم.

---

(1) قال الرَّصاع: وارتضى الشيخ: هذا الرسم، ثم قال: ولا يرد بقولها: إن كان مجبوب الذكر قائم الخصا؛ لأن المفسر المطلق غير مضاف، وتأمل هذا مع ما قدم في حد المطلق، وبحث مع ابن الحاجب، والله الموفق.

(2) قال الرَّصاع: قال عياض: زوال الأنثيين قطعًا أو سلاً.

قال: ويطلقه الفقهاء على مقطوع أحدهما، وتأمل هذا ففيه مناقشة.

[باب الاعتراض]

والاعتراض: التلقين: المعترض من هو بصفة من يطأ ولا يطأ، وربما كان بعد وطء، ومن امرأة دون أخرى.

الصقلي أصحابنا: يسمونه عنينًا.

قُلتُ: كذا جعله الجلاب.

وفي ثاني نكاحها: العنين الذي يؤجل هو المعترض عن امرأته، وإن أصاب غيرها، فالثلاثة الأول إن ثبت أحدها بإقراره؛ لزمه.

قُلتُ: إن كان بالغًا وإلا فكمنكر دعواه زوجته عليه.

الباجي والشيخ عن ابن حبيب في الحصور والمقطوع ذكره وأنثياه، أو أحدهما: إن أنكر أنه كذلك؛ جس من فوق ثوب.

الباجي: عندي إذا كان غير مصدق، وجوزنا نظر النساء للفرج؛ جاز أن ينظره الشهود، وهو أبين، وأبعد مما يكره من اللمس، ويحظر منه.

قُلتُ: المراد بالجس بظاهر اليد، وأصله أقرب للإباحة من النظر.

أبو عمر: أجمعوا على مس الرجل فرج حليلته، وفي نظره إليه خلاف تقدم، وثبوت أحدهما يوجب خيارها دون تأجيل، نقله الشيخ عن الواضحة، والباجي والمتيطي عن المذهب وهو ظاهرها.

ابن حارث: اختلف في العنين وصفته وهل يؤجل؟.

فقال ابن القاسم فيها: يؤجل العنين سنة، ولم يفسر صفته.

وقال إبراهيم بن باز: قال لي سَحنون: إنما يؤجل المعترض، أما العنين الذي ذكره كخرقة؛ فلا؛ بل يفرق بينه وبينها في الحال، وقاله ابن حبيب أيضًا.

قُلتُ: قولها:

قُلتُ: إن قال الزوج العنين: قد جامعتها؛ يدل على أنه المعترض.

والاعتراض إن أقر به فواضح، وإن أنكر دعواه زوجته؛ صدق.

المتيطي: في المدَوَّنة: بيمين، كذا نقله ابن محرز واللخمي، ونحوه لمحمد عن ابن

القاسم عن مالك.

وقاله ابن الماجِشُون، وابن عبد الحَكم، وأَصْبَغ وابن حبيب، ولمحمد بن عبد الملك عن مالك: لا يمين عليه، ونحوه لمالك في الواضحة، وقاله القاضي.

وروى ابن وَهْب: يدين في الثيب، وينظر النساء للبكر، إن كانت قائمة البكارة؛ صدقت وإلا صدق.

وروى الواقدي: لا يصدق في الثيب، ويجعل معها امرأة تنظر إذا غشيها الزوج، وأجاز امرأة واحدة.

قُلتُ: روايتا ابن وَهْب والواقدي ذكرهما اللخمي.

وقال: لا أرى أن يدين، ويتعرف صدقه في البكر بما تقدم، والثيب إن قالت: إنه لا ينتشر؛ نظر إليه من فوق الثوب.

وإن قالت: ينتشر فإذا دنا منها ذهب؛ طلب دليل صدقه بما روى الواقدي أو بالصفرة.

الباجي: روى الوليد بن مسلم: يخلى معها بالباب امرأتان، فإذا فرغ نظرتا فرجها، فإن كان به مني؛ صدق وإلا كذب.

قُلتُ: فالأقوال ستة: قبول قوله بيمين ودونها، وروايات ابن وَهْب، والواقدي، والوليد، واختيار اللخمي.

المتيطي: نزلت بالمدينة والحسن بن زيد بن الحسين بن علي ﷺ أميرها وقاضيها استعدته امرأة يقال لها أم سعيدة على زوج ابنتها، وزعمت أنه لم يصبها منذ تزوجها وأكذبها، فأرسل الحسن إلى مالك، وعبد العزيز بن أبي سلمة، وابن أبي ذئب، وابن شبرمة[1]، ومحمد بن عمران الطلحي، وكان من قضاة المدينة، فبدأ باستشارة القرشيين، فقال ابن أبي ذئب: يخلى وإياها، وتجلس عدلتان خارجًا عنهما، فإن خرج

(1) هو: عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر الضبّي القاضي، ولد سنة: 72هـ، روى عن: أنس والتابعين، وثقه أحمد، وأبو حاتم، وذكره ابن حبان في الثقات قال: كان من فقهاء أهل العراق، توفي رحمه الله سنة: 144هـ.

وانظر ترجمته في: تهذيب التهذيب: 220/5، العبر: 152/1.

عليهما بكرسفة فيها نطفة؛ فالقول قوله، وإلا فالقول قولها.

وقال ابن شبرمة: يلطخ ذكره بزعفران، ثم يرسل عليها، فإذا فرغ نظرها عدلتان إن وجدتا أثر الزعفران بداخل فرجها بحيث لا يكون إلا بمسيس؛ فالقول قوله، وإن لم تجداه؛ فالقول قولها.

وقال محمد بن عمران: يخلى وإياها، ثم يجعل عدلتان معها، فإن اغتسلت؛ فالقول قوله، وإن تركت الغسل للصلاة؛ فالقول قولها، ولا تتهم أن تدع دينها لفراق زوجها، ثم سأل الحسن مالكًا وعبد العزيز فقالا: القول قوله دون يمين؛ لأنه مما ائتمن الله عليه الرجال كما ائتمن النساء في أرحامهن.

المتيطي: وعلى أنه لا ينظر إليها النساء لو أتت بامرأتين شهدتا أنها عذراء، فقال ابن حبيب عن الأخوين وابن عبد الحكم: لا تقبل شهادتهما؛ لأنها تؤول إلى الفراق.

ومن ثبت اعتراضه؛ فيها مع غيرها: يؤجل سنة لعلاجه؛ يريد: (إن لم يكن وطئها)؛ لقولها في الإيلاء مع غيرها: من وطئ امرأته، ثم حدث ما منعه الوطء؛ لا قول لامرأته، ولما ذكره اللخمي عن المذهب قال: ويتخرج مقالها من قول مالك فيمن قطع ذكره بعد إصابته.

وابتداء السنة: روى محمد: من يوم ترفعه.

الباجي: تحقيقه من يوم الحكم؛ إذ قد يطول زمن إثباته، ولو كان ذا مرض أو عرض له؛ ففيه طرق:

الباجي: ليحيى عن ابن القاسم: إن رفعته مريضًا؛ لم يؤجل حتى يصح.

قُلتُ: هو سماعه في كتاب العدة بزيادة: وإن رفعته صحيحًا، فلما أجله مرض؛ لم يزد في أجله لمرضه.

ابن رُشْد: هذا إن صح أكثر السنة، أو كان مرضًا يقدر معه على معالجة الوطء، ولو مرض بحدث تأجيله مرضًا شديدًا لا حراك له به، ولا قوة معه على الإلمام بأهله حتى تم الأجل؛ لانبغى أن يزاد في أجله بقدر مرضه.

اللخمي: إن مرض بعد تأجيله؛ فلابن القاسم تطلق عليه لتمام السنة، ولو عمها مرضه.

أَصْبَغ: إن عمها استأنف سنة.

ابن الماجِشُون: إن مضى بعضها وهو مريض؛ لم تطلق لتمامها، وأرى إن عمها أو نصفها الأول استأنفها.

الباجي: لمحمد وعيسى عن ابن القاسم: لو قطع ذكره في الأجل؛ عجل طلاقه قبل تمامه.

وعن أشهب وعبد الملك وأَصْبَغ وغيرهم: لا قول لها.

قُلتُ: زاد الشيخ: قال ابن حبيب عن ابن الماجِشُون فيمن قطع ذكره قبل البناء مثل قول ابن القاسم، وفي كون أجل ذي رق سنة أو نصفها؛ نقل الباجي رواية القاضي مع اللخمي عن ابن الجهم، وروايتها مع نقل أبي عمر عن مالك وأصحابه.

المتيطي: به الحكم، ولو ادعى وطأه فيها وصدقته؛ بقيت زوجة، وإن أكذبته؛ صدق بيمين.

المتيطي عن اللخمي: قولاً واحدًا.

وقال الباجي: هذا المشهور، وتبعه ابن زرقون لقوله: ادعى ذلك قبل إقراره بالاعتراض أو بعده.

وقال ابن حبيب: إن ادعاه قبله؛ فلا يمين عليه، وهو خلاف قبول المتيطي نقل اللخمي: يحلف قولًا واحدًا، ثم قال الباجي: وروى الوليد... فذكر روايته المتقدمة.

قال: ونزلت هذه المسألة بالمدينة... فذكر ما تقدم من القصة، وسؤال الأمير من ذكر، وهذا يقتضي أن القصة فيمن ادعى الإصابة بعد الأجل، وكذا ذكرها ابن فتوح، والنازلة المذكورة إنما ذكرها غيرهما فيمن لم يؤجل، وأنكر ما ادعي عليه من العلة، وكذا هي في النوادر، وهو ظاهر لفظ المدَوَّنة.

قال الباجي: وعندي أنه إذا أقر بتعذر وطئه، ثم ادعاه، فلو لم يكن موكولاً لأمانته؛ لوجب أن يكون القول قولها.

قُلتُ: إن أراد موكولاً لأمانته مع يمينه؛ فهذا هو قول مالك، وكل المذهب عند اللخمي، وإن أراد دون يمين؛ فمنع الملازمة واضح؛ بل اللازم حينئذ كون القول قوله بيمين لرجحانه بأصل السلامة، ودوام العصمة.

الشيخ عن محمد عن ابن القاسم: إن أكذبته في دعوى الإصابة؛ صدق بيمينه في البكر والثيب، وذكر لي أن مالكًا نحى إليه، فإن نكل؛ حلفت، فإن نكلت؛ بقيت زوجة.

وقال عبد الملك: وروى ابن حبيب: أنه لا يحلف إلا بعد ضرب الأجل إن ادعى الإصابة، فإن نكل؛ طلق عليه عند تمام الأجل، ولو سألته اليمين قبل تمامه، فأبى، ثم حل الأجل فقال: أصبت؛ فله أن يحلف، فإن نكل الآن؛ طلق عليه، ولو قال بعد الطلاق في العدة: أنا أحلف؛ لم يقبل منه.

قُلتُ: ظاهره: أنه بنفس نكوله عند تمام الأجل؛ يطلق عليه، ومثله للمتيطي عن أبي عمر ورواية ابن حبيب قال: وقال غيره: إن نكل؛ حلفت وفرق بينهما.

وفيها: قلت: إن قال الزوج العنين: أصبتها؛ فأكذبته.

قال: سألت مالكًا عنها، فقال: نزلت هذه ببلدنا، فأرسل إلي فيها الأمير، فما دريت ما أقول، ناس يقولون: يجعل معها النساء، وناس يقولون: يجعل في قبلها الصفرة، فما أدري ما أقول.

قال ابن القاسم: إلا أني رأيت وجه قوله: أن يدين الزوج ويحلف، وسمعته منه غير مرة وهو رأيي.

قُلتُ: قوله في المدَوَّنة: أرسل إلي الأمير إلخ خلاف نقل المتيطي وغيره: جوابه للأمير حسبما مر، فإذا ثبت عدم إصابته بعد الأجل، فقال الشيخ عن ابن حبيب: إن طلبت فراقه؛ لم يكن لها أن تفارق، لكن يطلق عليه السلطان.

الباجي: حكم الطلاق أن يؤمر الزوج به، فيوقع منه ما شاء، فإن لم يفعل؛ حكم به عليه.

المتيطي: في كون الطلاق بالعيب؛ للإمام يوقعه أو يفوضه إليها قولان للمشهور وأبي زيد عن ابن القاسم.

ابن سهل: في كون الطلاق بعدم النفقة أو غيره إن أباه الزوج للحاكم أو المرأة قولا أبي القاسم ابن سراج محتجًا بدلالة الكتاب والسنة على كون الطلاق للرجال والعدة للنساء، فإن تعذر إيقاعه الزوج؛ أوقعه الحاكم لا المرأة، وابن عتاب محتجًا

برواية أبي زيد عن ابن القاسم: من اعترض فأجل سنة، فلما تمت قالت: لا تطلقوني أنا أتركه لأجل آخر؛ فلها ذلك، ثم تطلق متى شاءت بغير سلطان، وكذا من حلف ليقضين فلانًا حقه، فوقف بعد أربعة أشهر، فقالت امرأته: أنظره شهرين؛ فلها ذلك، ثم تطلق متى شاءت بغير أمر سلطان.

وبقول ابن القاسم فيها: من قال لامرأته: إن وطئتك، فأنت طالق ثلاثًا؛ الطلاق للمرأة إن أحبت، وصوبه ابن مالك وابن سهل محتجًا بسماع عيسى ابن القاسم: من تزوج على أنه حر، فإذا هو عبد؛ لها أن تختار قبل أن ترفع إلى السلطان، ما طلقت به نفسها جاز عليه.

قُلتُ: سماع أبي زيد هو في كتاب العدة، ولم يتعرض ابن رُشْد لما أخذ منه ابن عتاب.

وزاد قول أَصْبَغ: بعد أن يحلف ما تركته مسقطة حقها أبدًا، وهو بعيد؛ لأن قولها: إلى أجل كذا؛ بين في نكاحها على حقها عند الأجل، إنما اختلف إذا تركته بعد وجوب القضاء لها لتمام شهر أو شهرين، ثم أرادت أن تطلق وقالت: إنما أقمت متلومة عليه؛ فروى ابن القاسم: لها ذلك، واختلف قوله في يمينها على ذلك.

وسمع يحيى ابن وَهْب، وعبد الملك أشهب: لا قيام لها.

وسماع عيسى هو في النكاح، وفيه: وأما الذي تجذم؛ فلا خيار لها حتى ترفعه إلى السلطان، فإذا رفعته؛ لم يفوض لها في طلاقه ما شاءت، فإن أرادت فراقه؛ فرق السلطان بينهما بواحدة إذا أيس من برئه، وكذا المجنون إلا أن المجنون يضرب له سنة.

ابن رُشْد: قوله: لامرأته أن تختار قبل الرفع؛ يريد: أنها إن فعلت؛ جاز ذلك إن أقر الزوج بغروره، وإن نازعها؛ فليس لها أن تختار إلا بحكم، وهو معنى قول المَدَوَّنة: إن رضي الزوج بذلك، ورضيت المرأة، وإلا فرق بينهما إن أبى الزوج إن اختارت فراقه، وليس ما فيها خلافًا لما هنا؛ إذ لا معنى لاشتراط رضى الزوج بالفرقة إن أقر بغروره، وإن اختارت نفسها وهو منكر، فرفع ذلك للسلطان وثبت غروره؛ مضى الطلاق.

وطلاق العيب واحدة بائنة، ولو كان بعد البناء حيث تصور.

وسمع يحيى ابن القاسم: إن طلقت امرأة المجنون نفسها لتمام أجله؛ فهي

طلقة بائنة.

ابن رُشْد: هذا معلوم المذهب؛ لأن كل طلاق يحكم به الإمام؛ فهو بائن، إلا المولى والمعسر بالنفقة.

وقال التونسي: تطليق الإمام على المجنون والمجذوم والمبروص رجعي، والإرث بينهما قائم في العدة، ومن صح من دائه؛ فله الرجعة، وقوله صحيح إلا أنه خلاف المعلوم من المذهب، وهو نحو سماع عيسى ابن القاسم في الأمة تختار نفسها، فيموت زوجها في عدتها: ترجع لعدة الوفاة.

التونسي: وانظر إن أجل قبل البناء هل لها نفقة إن دعته للبناء مع امتناعها من ذلك لجنونه كالمعسر بالمهر يؤمر بالنفقة مع امتناعها منه لعدم قدرته على دفع المهر؟.

ابن رُشْد: الظاهر أن لا نفقة لها؛ لأنها منعته نفسها بسبب لا يقدر على دفعه، وفي المهر يتهم على كتمه مالاً.

قُلتُ: وفي قوله: المبروص؛ نظر، وصوابه الأبرص أو المبرص.

قال الجوهري: برص الرجل؛ فهو أبرص وأبرصه الله.

وسمع يحيى ابن القاسم: لو أجل صحيحًا، فحل أجله مريضًا أمضى حكم السلطان فيه، ولا يزاد في أجله لمرضه.

الشيخ عن الموازيَّة: إن حل أجل العنين وهو مريض أو مسجون، أو هي مريضة أو حائض؛ ففي تعجيل الفرقة وانتظاره قولا ابن القاسم وعبد الملك.

محمد: وهو أحب إلي إلا أن يقر أنه لا يصيب.

قُلتُ: إنما يتوجه الاستثناء؛ لكونه مريضًا أو مسجونًا، وإلا لزم زيادة قدر المرض والحيض بعد رفعها.

وظاهر الرواية: تعجيل الطلاق بنفس زوال المانع.

وفي آخر لعانها: إن حل أجل تلوم المعسر بالنفقة أو العنين وغيره والمرأة حائض؛ فلا تطلق حتى تطهر.

وفيها: إن علمت حين تزوجته أنه مجبوب أو خصي أو عنين لا يأتي النساء أصلاً؛ فلا قول لها، وإن علمت بعد العقد، وأمكنته من نفسها؛ فلا قول لامرأة الخصي

والمجبوب، والعنين لها رفعه ويؤجل سنة؛ لأنها تقول: تركته رجاء برئه.

وسمع يحيي ابن القاسم: امرأة المعترض إن تزوجته بعد فراقها إياه بعد تأجيله، فقامت بوقفه لاعتراضه؛ فلها ذلك إن أقامت في ابتنائه الثاني قدر عذرها في اختيارها له، وقطع رجائها إن بان عذرها بأن يكون يطأ غيرها، وإنما اعترض عنها، فتقول: رجوت برءه.

ابن رُشْد: هذه على معنى ما في المدَوَّنة، ومثل ما حكى ابن حبيب: إن صبرت امرأة المعترض، فإن بدا لها بحدثان رضاها لشر وقع بينهما؛ فلا قول لها، وإن بدا لها بعد زمان وقالت: رجوت عدم تماديه؛ فذلك لها، وكذا تقول في هذه المسألة: إنما تزوجته لرجاء أنه برئ بالعلاج، فتصدق فيما ادعته، ويكون لها الفراق بعد السنة إن لم يكن قيامها بحدثان دخوله بها لشر وقع، كما قال ابن حبيب: يريد: بعد يمينها إن ادعى الزوج عليها؛ أنها أرادت فراقه لأمر وقع بينهما لا للمعنى الذي قامت به.

قُلتُ: قول ابن حبيب حكاه الشيخ في نوادره بلفظ: (لأمر) بدل (لشر)، وزاد: وإن صبرت امرأة عنين أو حصور عليه؛ فلا قيام لها.

اللخمي: إن علمت بعيبه المرجو ذهابه بعلاج، فقال مالك: لها القيام، والأشبه نفيه؛ لعلمها بعيب مشكوك في زواله؛ كمن اشترى عبدًا بعيب مشكوك في زواله؛ لا رد له بعدمه.

قُلتُ: يرد بأن عيب الزوج أشق لعجزها عن فراقه، ومبتاع العبد قادر على بيعه.

قال: وأرى فيمن تزوجته بعد طلاقها إياه لاعتراضه أن لا قول لها، ولو رضيت بالمقام معه بعد مضي سنة أجله، ولم يصب؛ ففي قبول صحة قيامها عليه دون أجل مطلقًا، أو إن كان بعد زمان.

قالت: رجوت عدم تماديه فيه قولا ابن القاسم قائلًا في العتبيَّة: تطلق عليه، وإن لم ترفع للسلطان.

وابن حبيب: والقياس سقوط مقالها، وفي المهر في طلاق العيب طرق.

الشيخ عن ابن حبيب: إن طلق لعيب لاطلاعها عليه قبل بنائه؛ فلا مهر لها في خصي ولا مجبوب ولا عنين ولا حصور؛ إذ لا أجل في ذلك، وكذا المجنون بعد السنة.

وفي الكافي: إن فارقته قبل بنائه لعيبه؛ فلا شيء لها إلا في العنين فقط؛ لأنه غرها.

ونقل المتيطي وابن فتوح كالشيخ: ولاطلاعها عليه بعد البناء لها المهر في المجنون والأبرص والخصي القائم الذكر أو بعضه لا في المجبوب الممسوح، والحصور في الذكر كالزر، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من فرق بينه وبين امرأته لتجذمه قبل البناء؛ لا شيء عليه كنصرانية أسلمت قبل البناء.

ابن رُشْد: لأنه مغلوب على الفراق، وسمع سَحنون ابن القاسم وروايته: من فرق بينه وبين امرأته لجنونه قبل بنائه؛ لا شيء عليه من مهره ولعسره بالنفقة أو المهر تتبعه بنصفه.

ابن رُشْد: لتهمته على إخفاء ماله، ولابن نافع: لا شيء عليه كالمجنون؛ لأن الفرقة من قبلها، وهو القياس، والمعترض في استحقاقها المهر بطلاقه؛ لتمام أجله مطلقًا، أو إن أجل بحدثان دخوله؛ فلها نصفه ثالثها: إن أجل بحدثانه؛ فله نصف ما يجد عندها من مهرها، ويسقط ما أبلت، وتطييت منه لا ما أفسدت وأنفقت.

للشيخ عن ابن حبيب مع محمد وابن القاسم ورواية أشهب أولاً، وروايته ثانيًا مع قول ابن عبد الحَكم.

قال: ولابن حبيب: إن طلق طوعًا بعد ثمانية أشهر؛ لزمه المهر، وبعد ستة أشهر نصفه، وكذا امرأة العنين والحصور والمجبوب، ولهن في وفاته المهر والإرث.

وفيها: لمالك جميعه إن أقام معها سنة؛ لأنه تلوم له وطال زمانه معها، وتغير صنيعها، وخلقت ثيابها.

ولأبي عمران في هذا المفهوم كلام في باب تكميل المهر.

الباجي: إن فرق بين المعترض وامرأته بعد الأجل؛ فلمحمد عن رواية أشهب: إن أجل بقرب البناء؛ فلها نصف المهر، وقاله ابن عبد الحَكم.

ولمالك: لها جميعه، وقاله ابن القاسم.

ابن زرقون: لابن القُصَّار: لها نصفه، ولو طالت إقامته معها.

ابن كنانة: لها جميعه بإرخاء الستر والخلوة، وإن لم يمسها؛ فتأتي الأقوال أربعة.

قُلتُ: في إجراء قول ابن كنانة في الخصي والحصور والعنين نظر بناءً على أن العلة

عنده مجرد تمكينها نفسها، أو هو مع كونه بصفة من يطأ، وبساطة العلة أرجح من تركيبها عند تساوي احتمالها، وقول ابن عبد الحكم في نقل الشيخ خامس.

المتيطي: بناؤه حين تأجيله كتأجيله قربه.

وروى ابن القاسم وابن نافع كأشهب، وبقول ابن القاسم الحكم.

اللخمي: فيمن عجز عن الإصابة أربعة: لمالك فيها لها نصفه إلا أن يطول استمتاعه بها سنة كامرأة العنين.

وفي الموازيَّة: إن أجل العنين قرب دخوله بنصفه، وإن طال مكثه قبل تأجيله؛ فجميعه.

ابن أبي سلمة: لها نصفه ولو طال مقامه.

وروى ابن القُصَّار: لها جميعه بعجزه، ولو لم يطل، وأرى لها نصفه، وتعاض من تمتعه بها كان المهر عبدًا أو ثوبًا ولا تضمنه إن هلك، ولا ما نقص بانتفاع به إن كان شورة أو عينًا اشتريت بها.

وروى المدنيون: إن طال مكثه، وخلقت ثيابها، ورث المتاع؛ كان لها جميعه.

وفيها: يجوز ضرب ولاة المياه، وصاحب الشرطة الأجل للعنين والمعترض.

[باب عيب المرأة في النكاح]

وعيب المرأة: فيها: ترد من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج.

اللخمي: ترد بالجنون، وإن كان صرعًا في بعض الأوقات، وفي المبسوط لمالك: إن كانت لا تجن إلا عند الوطء حال السلطان بينها وبين زوجها.

ابن شعبان: ولا يلزمه طلاق إن أحب المقام؛ يريد: ولو لم يصب، فإن لم يكف عنها؛ طلقت عليه.

قُلتُ: إلا أن يرضى بأن يخرج عنها دون طلاق.

الجذام: المتيطي واللخمي والباجي: ترد منه ولو قل.

وفي مختصر ما ليس في المختصر: يرد النكاح للجذام؛ لأنه يخشى حدوثه بالآخر، ولأنه لا تطيب نفس الواطئ، وقلما سلم ولدها، وإن سلم كان في نسله.

اللخمي: يلزم عليه رد النكاح بأن أحد الأبوين كان كذلك؛ لأنه يخشى أن يظهر في ولد المتزوج الآن أو ولد ولده، ورأيته في امرأة بنت أجذم، ولم يظهر فيها، وظهر في عدد من ولدها.

قُلتُ: يرد إلزامه بأن الضرر في الأصل؛ وهو المجذوم أشد منه في المقيس؛ لأنه فيه بعض ما في الأصل؛ لصدق كل ضرر في ولد الأجذم فيه، وليس كل ضرر فيه في ولده.

والبرص: سمع ابن القاسم: ترد منه، لا أحد فيه قليلاً من كثير.

قُلتُ: أخبرنا بعض الناس أنك لا ترد من قليله؛ فأنكره.

ابن القاسم: إن تبين قليله؛ ردت به إن لم أردها به، ثم تفاحش أدخلت عليه ضررًا، وسمعت أنه يزداد، لو تيقن الناس في يسير منه عدم زيادته ما رددتها؛ لكنه لا يعرف؛ فلذا رأيت أن ترد.

ابن رُشْد: إن كان كثيرًا أو يسيرًا لا تؤمن زيادته؛ ردت باتفاق، وإن أمنت زيادة يسيرة؛ فباختلاف.

قُلتُ: ونحوه للخمي، وقول ابن القاسم: لا يعرف، قد يعرف كامرأة بنت أربعين ظهر بها برص يسير ثبت كونه بها من صغرها، ولم يزد شيئًا.

الباجي عن ابن حبيب: ترد بفاحش القرع؛ لأنه من معنى الجذام والبرص، ولم أره لغيره من أصحابنا، وظاهر المذهب خلافه وأنه كالجرب، ولفظ المتيطي عنه: ترد من القرع؛ لأنه يستر باللفافة والخمار.

قال فضل: هذا خلاف قول مالك.

وداء الفرج: الباجي عن ابن حبيب: هو ما يقطع لذة الوطء؛ كالعفل والقرن والرتق.

وروى محمد: ما هو عند أهل المعرفة من داء الفرج؛ فله الرد به، وإن لم يمنع الوطء؛ كالعفل القليل والقرن وحرق النار، وقول ابن عبد السلام إثر نقله قول ابن حبيب، وتبعه الباجي على ذلك، وفسر به كلام مالك، لم أجد للباجي إلا مجرد نقله قول محمد حسبما تقدم.

وفيها: إن كان عيب فرجها قرنًا، أو حرق نار، أو عيبًا خفيفًا يقدر على الوطء

معه، أو عفلاً يقدر معه على الوطء أترد به أم لا ترد إلا باختلاط؟ ونحوه مما يمنع الوطء كالعفل الكثير.

قال: قال مالك: قال عمر ﷺ: ترد بالجنون والجذام والبرص، وأرى داء الفرج كذلك، فما هو عند أهل المعرفة من داء الفرج؛ ردت به، وإن جامع معه المجنونة والمجذومة والبرصاء تجامع وترد بذلك.

الجلاب: البخر والإفضاء؛ وهو اتحاد المسلكين منه.

اللخمي: منه العفل والقرن والرتق والنتن والاستحاضة وحرق النار.

عياض: العفل: بفتح العين المهملة والفاء؛ هو أن يبدو لحم من الفرج.

والقرن: بفتح القاف وسكون الراء مثله؛ لكنه يكون خلقة غالبًا لحما، وقد يكون عظمًا.

والرتق: بفتح الراء والتاء؛ التصاق محل الوطء والتحامه.

الجوهري: العفل: بفتح الفاء شيء يخرج من قبل المرأة وحيا الناقة يشبه أدرة الرجل والمرأة عفلاء.

قال: والقرن أيضًا العفلة الصغيرة.

الأصمعي: اختصم إلى شريح في جارية بها قرن فقال: أقعدوها إن أصاب الأرض؛ فعيب وإلا فلا.

قُلتُ: ما أبعده من فقه.

اللخمي: في الرد بخفيف هذه العيوب مطلقًا، أو إن منع اللذة قولا مالك وابن حبيب، والأول أحسن.

وفي وثائق ابن العطار: ترد من العيوب الأربعة: الجنون والجذام والبرص، وداء الفرج ما يمنع من الجماع.

ابن الفخار: هذا خطأ، والمحفوظ غير ذلك، فذكر ما تقدم عن المدَوَّنة.

اللخمي: والرتق: إن لم يظن قطعه، ولا عيب في الوطء بعده؛ فالقول قول من دعا إليه إن طلق الزوج بعد رضاها به؛ لزمه نصف المهر، وبعد امتناعها لامتناعها لا غرم عليه، ومقابله القول قول من أباه لا غرم على الزوج؛ لطلاقه له مطلقًا، وإن كان في

القطع ضرر، ولا عيب بعده؛ فالخيار لها، إن رضيت؛ سقط مقاله، وإلا فلا غرم لطلاقه، وعكسه له جبرها عليه أو الطلاق ولا غرم.

وللشيخ عن محمد وابن حبيب مثله.

المتيطي عن الباجي: تؤجل المرأة لعلاج نفسها من الجنون والجذام والبرص، وداء الفرج، وأشار إليه ابن حبيب في علاج الرتقاء.

قال الباجي: وأجلها في الجنون والجذام سنة، وأما الرتق؛ فبالاجتهاد، وفي طرر ابن عات: أجل ابن فتحون في داء الفرج شهرين في وثائقه فانظره.

قُلتُ: نظرتها؛ فلم أجده فيها.

الشيخ عن محمد عن أَصْبَغ: إن طال تمتعه بها أيام العلاج كأمد العنين في علاجه ككثير الأشهر المقارب للسنة؛ فلها كل المهر، ومثله لابن حبيب.

وزاد: إن فارق بعد الشهر أو الأشهر وقال: تربصت رجاء العلاج، فإن أشهد على قوله هذا أول ما رآه، وأنه لا يتلذذ منها بشيء قبل قوله، فإن ادعت عليه تلذذه بها حلف، وإن لم يشهد بذلك، وفارق بعد شهر أو نحوه، وأنكر علمه عيبها حين بنى غرم نصف المهر، وإن قال: لم أعلم إلا اليوم، وكان يخلو بها؛ فالقول قولها مع يمينها أنه رآها، ولو تنازعا في برص بموضع يخفى على الرجل؛ صدق مع يمينه أنه لم يره، وإن كان بحيث لا يخفي؛ صدقت مع يمينها.

المتيطي عن بعض الموثقين: إن قالت: علم عيبي حين البناء وأكذبها، وذلك بعد البناء بشهر ونحوه؛ صدقت مع يمينها إلا أن يكون العيب خفيًا كبرص بباطن جسدها ونحوه؛ فيصدق مع يمينه، وهذا ما لم يخل بها بعد علمه عيبها، فإن فعل؛ سقط قيامه، وإن نكل حيث يصدق؛ حلفت وسقط خياره، ولو أنكرت دعواه عيبها، فما كان ظاهرًا كالجذام والبرص يدعيه بوجهها أو كفيها أثبت بالرجال، وما بسائر بدنها غير الفرج بالنساء، وما بالفرج في تصديقها، وعدم نظر النساء إليه، وإثباته بنظرهن إليه قولا ابن القاسم مع ابن حبيب، ونقل بعض الأندلسيين عن مالك، وكل أصحابه غير سَحنون وابن سَحنون عنه مع أبي عمران عن رواية علي قول ابن لبابة، ونقله عن مالك وأصحابه، ونقل حمديس وابن أبي زَمَنَيْن رواية ابن وَهْب مثل قولها في نظر

النساء للفرج.

المتيطي: في نكاحها الأول: ما علم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج؛ ردت به، فإن كان استدلال ابن أبي زَمَنَيْن بهذا؛ رد لإمكان تقارر الزوجين على صفته، ثم يسأل عنه أهل المعرفة، وعلى الأول قال ابن الهندي: وتحلف، وقاله الشيخ أبو إبراهيم، ولها رد اليمين على الزوج قال: ورأيت من مضى؛ يفتي به.

ابن حبيب: إن أتى الزوج بامرأتين شهدتا برؤية داء بفرجها، ولم يكن عن إذن الإمام قضى بشهادتهما، فإن قيل: منعهما من النظر يوجب كون تعمدهما نظره جرحه، قيل: هذا مما يعذران بالجهل فيه.

قال أبو محمد: أخبرني أبو بكر عن سَحنون أنه قال: ابن القاسم يقول: لا ينظر إليها النساء في عيب الفرج، وقال: ترد به فكيف يعرف إلا بنظرهن.

قُلتُ: عمل المانع من نظرهما حق المرأة في عدم الاطلاع على عورتها، فشهادتهما الغالب كونها بتمكينها إياهما ذلك؛ فلا يتوهم.

قُلتُ: فلا يتوهم كونه جرحه.

وفي تكليف الخصم أمرًا لا يقدر على تحصيله إلا من قبله يبين به صدقه أو كذبه خلاف مذكور في تكليف من أنكر خطأ نسب إليه هل يكلف الكتب ليقين صدقه أو كذبه.

المتيطي وغيره: قال بعض الأندلسيين عن أبي المُطَرِّف: صفة نظرهن للفرج في قول سَحنون: أن تجعل المرأة مرآة أمام فرجها، وقد فتحت فخذيها دون سراويل وتجلس امرأتان خلفها تنظران في المرآة تقولان لها: افتحيه بيدك، فإن نظرن فيه شيئًا؛ شهدن به.

قُلتُ: ظاهر الرواية عن سَحنون نظرهن للفرج نفسه.

وقال الشيخ عز الدين ابن عبد السلام: أنه لا فرق بين النظر لنفس العورة، والنظر لمثالها في مرآة.

اللخمي: وترد بكونها عذيوطة وهي التي تحدث عند الجماع، ولها رد الزوج بذلك، ونزلت زمن أحمد بن نصر صاحب سَحنون لا المتأخر، ورمى كل من الزوجين

به صاحبه، فقال أحمد: يطعم أحدهما تينًا والآخر فقوسًا.

قُلتُ: هذه الكلمة كذا وجدتها بالعين المهملة، ثم بالذال المعجمة، ثم الياء باثنتين من أسفل، ثم الواو ساكنة، ثم الطاء المهملة، ثم تاء التأنيث كل ذلك بصورة الحروف، وكذا رأيتها في قانون ابن سينا في الطب.

وقال الجواليقي: تقول العامة: العضروط لمن يحدث عند الجماع؛ وإنما هو العذبوط بكسر العين وفتح الباء بواحدة من تحتها والذال والواو ساكنتان، والعذروط الذي تقوله العامة هو الذي يخدمك بطعامه، وجمعه عذاريط وعذارطة.

قُلتُ: الكلمة التي صوب وجدتها كذلك في المحكم والصحاح لفظًا ومعنى، والتي تعقب لم أجدها في المحكم، ولا في الصحاح إلا قول صاحب المحكم: العضارطي الفرج الرخو، والعضروط الخادم بطعام بطنه، وأما بالياء باثنين من أسفل؛ فلم أجدها في كتب اللغة بحال.

الشيخ في الواضحة عن أَصْبَغ: إن قالت امرأة مقعد إنها تمكنه من نفسها، فيعجز وقال: هي تمنعني؛ صدقت مع يمينها، ويؤجل كمعترض، ولو جعل الإمام قربها امرأتين إن سمعتا امتناعها أمر بها، فربطت وشدت وزجرها، وأمرها أن تلين له؛ فذلك أحسن.

قُلتُ: كذا وجدته، ولعل معناه: تقديم الزجر دون ربط عليه، وألزم اللخمي قول ابن القاسم: ترد بيسير البرص؛ لأنه لا تؤمن زيادته، ردها بأوائل الذبول؛ لأنه معلوم تناهيه للموت.

قال فيه ابن عبد السلام: هذا بعيد لخفة التأذي بأوائل الذبول، وقوة رجاء برئه، وهما معدومان في أوائل البرص.

وفيها: إن وجدها سوداء أو عوراء أو عمياء؛ لم ترد، ولا ترد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه.

قُلتُ: فإن شرط أنها صحيحة، فوجدها عمياء أو شلاء أو مقعدة أيردها بذلك؟.

قال: نعم إذا اشترطه على من أنكحه إياها لقول مالك فيمن تزوج امرأة، فإذا هي لغية إن زوجوه على نسب؛ فله ردها وإلا فلا.

اللخمي: اختلف في علة قصر عيبهن على الأربع، قيل: لقول عمر: ترد من الجنون والجذام والبرص، ولقول علي ﷺ بذلك وبالقرن، وقيل: لأن ذلك لا يخفى،.

روى محمد: لا ترد بالسواد، ونحوه قول ابن حبيب: لا ترد من العمى والقعد والشلل والعرج؛ لأنه ظاهر، والخبر عنه يفشو أو هذا منهما تسليم أن للزوج الرد بهذه العيوب إن بان جهله بها؛ كالطارئ يتزوج قرب قدومه، ولم يسمع بذلك الجيران أو اعترفت الزوجة أنه لم يعلم، وهي ممن يصح اعترافها؛ لأنها ثيب أو بكر معنس، وأرى إن بان أنها صغيرة بنت خمس سنين، وشبه ذلك مما يمتنع وطؤها أنها كالرتقاء إن كان صبره إلى بلوغها الوطء ضررًا عليه، وإن لم يضر به؛ فلا مقال له.

وفي الموازيَّة: لا ترد بأنها عجوز، ولو بلغت في السن والفناء، وقام للزوج دليل على جهله ذلك؛ لكان له ردها؛ لأن العادة فيمن بلغ ذلك أن لا يتزوج؛ فهو كالشرط.

ابن حبيب: ترد من السواد إذا كانت من أهل بيت لا سواد فيهم وهو كالشرط، كذا ذكره اللخمي بشرط كونها من أهل بيت لا سواد فيهم، وكذا ابن فتحون، ولابن رُشْد في رسم يوصي من سماع عيسى ما نصه: ابن حبيب يرى رد السوداء والقرعاء وإن لم تقر بذلك لا كالعيوب الأربعة.

عبد الحميد: انظر لو كان بكل منهما عيب كعيب صاحبه.

قُلتُ: الأظهر أن لكل منهما مقالًا كمتبايعي عرضين بان بكل منهما عيب.

عبد الحميد: ولو كان بكل منهما عيب غير عيب صاحبه، فقال بعض أهل النظر: لكل منهما الخيار.

الشيخ: روى محمد: ليس على الولي أن يخبر بعيب وليته، ولا بفاحشتها إلا العيوب الأربعة، أو أنها لا تحل له لنسب أو رضاع أو عدة.

وسمع ابن القاسم: لا ينبغي لمن علم لوليته فاحشة أن يخبر بها إذا خطبت.

ابن رُشْد: لأن من تزوج امرأة، فاطلع على أنها كانت أحدثت؛ لم يكن له ردها بذلك.

وفي الموطأ: أن رجلاً أخبر من خطب وليته أنها أحدثت، فضربه عمر أو كاد

يضربه[1].

وقال مالك: وللخبر، ولا يجوز له أن يخبر من عيوبها بما لا يوجب الرد من العور والسواد وشبهه، ورواه محمد.

والنكاح بخلاف البيع لا يجوز فيه كتم ما يكرهه المبتاع في المبيع؛ لأنه مكايسة والنكاح مكارمة.

ودليل الشرط واضح، وفي غيره المعتبر ظاهره.

المتيطي: قولنا: صحيحة في عقلها سليمة في جسمها؛ احتياط للزوج إن وجدها عمياء أو سوداء أو شلاء أو ذات عيب في جسمها؛ فله ردها.

قُلتُ: في دلالة: (سليمة في جسمها) على نفي سوادها نظر.

المتيطي: اختلف إن قال: صحيحة في جسمها؛ فقيل: هو كشرط السلامة من كل عيب.

وحكى عبد الحق وغيره عن الشيخ: أنه لا يوجب له ذلك، ولو قال بدل: (صحيحة) (سليمة)؛ فله الرد بكل عيب.

قال الشيخ: وبه نفتي كفتوى علمائنا به.

المتيطي: نحوه قول اللخمي: إذا شرط السلامة؛ فله الرد متى وجدها عمياء قولاً واحدًا.

قال بعض الموثقين: أصل هذه اللفظة في كتاب الأيمان بالطلاق عن المدَوَّنة.

المتيطي: أصلها قولها في النكاح الثاني: لا ترد إذا وجدت عمياء أو عوراء أو مقعدة أو قطعاء أو شلاء أو ولدت من زنىً، ولا من شيء سوى العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة مما ذكرنا، ولأبي عمران عن الدمياطي عن ابن القاسم: لا رد له في غير العيوب الأربعة ولو شرط السلامة.

ابن العطار: قولنا: صحيحة الجسم؛ تقوية للعقد لمنع نكاح المريض، وللعاقد إسقاطه؛ لأن الأصل الصحة.

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 786/3، جامع النكاح برقم (2013).

قُلتُ: شرط السلامة مطلق كلفظ سليمة مطلقًا عن ما هي منه سليمة، ومقيد كسليمة من كذا، فلعل قول اللخمي: قولاً واحدًا؛ في المقيد، ورواية الدمياطي في المطلق، فتكون خلافًا لنقل الشيخ دون نقل اللخمي، وهو الأظهر.

اللخمي: اختلف في كون قول الولي: سالمة؛ دون اشتراط في الموازيَّة: إن قيل للخاطب: قيل لي: ابنتك سوداء فقال: كذب قائله؛ بل هي بيضاء، أو قال: ليست عمياء ولا عرجاء؛ فوجدها كذلك؛ فله الرد؛ لأنه غره.

أَصْبَغ: هو كالشرط، ولابن القاسم في الأول من الموازيَّة: إن رفع الولي في المهر، فأنكر عليه الخاطب فقال: لأن لها كذا رقيقًا وعروضًا، فيصدقها ما سأل، ثم لا يجد شيئًا لا مقال له، والمهر له لازم، كما لو قال: بيضاء جميلة شابة؛ فيجدها بخلاف ذلك لا مقال له ما لم يشترط فيقول: أنكحها على أن لها كذا، أو على أنها بيضاء أو شابة، فألزمه ابن القاسم مرة وأسقطه، وأراه كالشرط لمقارنته للعقد، ولو قاله أجنبي بحضرة الولي فلم ينكره؛ لزمه.

قُلتُ: سمع عيسى ابن القاسم: من قال للولي: أخاف كون وليتك سوداء أو عمياء أو عوراء، فقال: هي برية من ذلك؛ له ردها بذلك.

قال: نعم إذا شرط له ذلك، قاله مالك.

ابن القاسم: وكذا لو خطب، فقال لوليها: قيل لي: وليتك سوداء، فقال: كذب من قاله هي البيضاء الكذا؛ فذلك شرط له الرد به.

أَصْبَغ: مثله من سام جارية وقال: لا تطبخ ولا تخبز، فقال ربها: هي تطبخ وتخبز، أو يقول: ليست بعذراء؛ فيقول: هي عذراء.

ابن رُشْد: لا خلاف إن أجاب الولي الخاطب عن قوله: قيل لي: وليتك سوداء أو عوراء بقوله: كذب من قاله؛ بل هي البيضاء الكذا؛ أن ذلك شرط يوجب ردها إن وجد بها بعض ذلك؛ إنما الخلاف إن وصفها الولي عند الخطبة بالبياض، وصحة العينين ابتداءً بغير سبب، وهي سوداء أو عوراء، ففي لغوه وكونه كشرط قولا محمد مع أَصْبَغ ويحيى عن ابن القاسم وغيرهم، وعليه إن علم قبل البناء؛ فله ردها، ولا غرم عليه وبعده في رجوعه بالزائد على مهر مثلها عليها أو على وليها ما لم تكن ثيبًا عالمة كذب

وليها، فيرجع عليها قولا عيسى ابن دينار مع ابن وَهْب وابن حبيب.

ولابن القاسم في الدمياطية: لو قال له غير الولي الذي زوجها: أضمن لك أنها ليست سوداء، ولا عوراء، ولا عرجاء، فوجدها بخلاف ما ضمن؛ لرجع عليه بما زاد على مهر مثلها وليًا كان أو غيره، ولو شرط أنها عذراء، فوجدها ثيبًا؛ فله ردها اتفاقًا.

ابن رُشْد: لو وصفها وليها حين الخطبة بأنها عذراء دون شرط عليه؛ لجرى على الخلاف فيمن وصف وليته بالجمال أو المال، وفي كون أنها بكر شرط كذلك ولغوه نقل ابن فتوح عن المذهب مع ابن العطار، ونقل ابن عات عن أَصْبَغ قائلاً: إلا أن يشترط عذراء مع جماعة من المتأخرين والمتيطي عن رواية ابن حبيب، وأشهب في العتبيَّة، وابن عبد الرحمن، وعليه قال المتيطي وابن فتحون عن الباجي: لو بان أنها ثيب من زوج؛ فله الرد.

ابن عات: قال ابن عبد الغفور عقب ذكره قول ابن العطار: قال المشاور: ويرجع على الولي في هذا؛ لأنه لا ينبغي أن يخبر بذلك أحدًا، فصار متعديًا على المرأة بشرطه ذلك عليها إن علم ذلك منها بفاحشة.

قُلتُ: كذا نقل ابن عات عن أَصْبَغ، وفي سماعه ابن القاسم في العتبيَّة: سألت أشهب عمن تزوج امرأة على أنها بكر، فوجدها ثيبًا، وأقر أبوها أنها كانت تكنس البيت، فنزل بها شيء أذهب عذرتها، ورد على الزوج مهره؛ قال: يرجع الأب فيأخذ ما رده للزوج، ولا شيء له.

قال أَصْبَغ: لا يعجبني هذا؛ لأنه إن كان شرطا عليه نكح كشرط البياض، وصحة العينين، وأن لها مالاً؛ فله الرد، وإن لم يكن اشتراطًا في العذرة، فقد دفعه الأب طائعًا؛ فلا رجوع له بالجهالة ولا يصدق، ويحمل على أنه أراد الستر منه؛ لأن ذلك يكون به فرقة، وترجع به المرأة على أبيها إن أخذه منها وأعطاه إياه.

ابن رُشْد: الشرط في النكاح هو أن يتزوجها على أنها على صفة كذا، أو على أن لها كذا له الرد بفوت الشرط اتفاقًا، وإنما قال أشهب: تلزمه ولا رد له؛ لأن البكر في اللسان من لم يكن لها زوج، ولو لم تكن لها عذرة، فلم يعذره بالجهل، وألزمها إياه حتى يشترط بكرًا عذراء.

قال ابن لبابة: أو يقع في الشرط بيان كقوله على أنها بكر، فإن لم تكن بكرًا رددتها.

قُلتُ: في دعواه البيان بقوله: على أنها بكر؛ وقبوله ابن رُشْد نظرٌ؛ لأن لفظ البكر، كما لم يدل على عذارء مثبتًا؛ لم يدل عليه منفيًا ضرورة أن النفي لا يغير ما وضع اللفظ له.

ابن رُشْد: نحوه قول نوازل سَحنون من كتاب العيوب: من اشترى عبدًا قال لبائعه: أبه عيب؟.

قال: هو قائم العينين؛ فابتاعه، وسأل عن قائم العينين، فقيل: الذي لا يبصر؛ البيع لازمٌ، ولا رد له، ورد الأب المهر إن شرط الفراق لم يتبع به الزوج؛ لأنه عوض وتتبع البنت أباها به؛ لأنه أتلفه بغير حق، وإن رده على بقائها في عصمته؛ رجع به عليه؛ لأنه عذر بالجهل في خطئه في مال ابنته أولا على قول ابن القاسم: لا تجوز هبة الأب مال ابنه الصغير، وعلى قول الأخوين بإمضائها، ويغرم الأب عوضها إن عذر بالجهل؛ فله الرجوع على الزوج وإلا فلا، ويغرم ذلك لابنته، وإن رده على غير بيان، فحمله أشهب على غير الفدية، فأوجب للأب الرجوع على الزوج بما رد إليه، وحمله أَصْبَغ على الفرقة، فأمضاه للزوج، ويغرمه الأب لابنته، وهذا كله على عدم حمل أنها بكر على شرط العذرة، وأما إذا حمل عليه، فرد الأب ماضٍ، ولا غرم عليه لابنته، ولا بيان في قول أَصْبَغ على ما يحمل الشرط من ذلك هل على مقتضى اللسان، أو على ما يعرفه الناس أنها العذراء؟.

قُلتُ: قوله: لا بيان في قول أَصْبَغ خلاف نقل ابن عات عنه أنه على مقتضى اللسان، وهو ظاهر من قوله؛ لأنه في العتبيَّة قسمه للأمرين، وما انقسم لأمرين لا دلالة له بذاته على أحدهما بعينه.

المتيطي: في الرجم من المدَوَّنة لمالك: إن ظهر بامرأة قبل البناء حملٌ، أنكره زوجها وصدقته بأنها زنت، وأنه ما وطئها حدت، ولا يلحقه الولد، ولا لعان فيه.

ابن القاسم: وهي زوجته إن شاء طلق أو أمسك.

المتيطي: فقول ابن القاسم يدل على أنه لا قيام له بالعيب إلا أن يقال: أنه لم يطلبه.

قُلتُ: الأظهر الأول؛ لأنه حادث بعد العقد أو محتمل الحدوث.

قال غير واحد: ولا حد على من ادعى أنه وجد امرأته ثيبًا؛ لأن العذرة تذهب بغير جماع.

ابن رُشْد: إن أعاد ذلك عليها في عتاب أو بعد مفارقتها بسنين أنه ما أراد قذفًا، ولا حد عليه، قاله مالك وابن القاسم في المدنيَّة.

ابن الحاج: عن أبي عبد الله بن فرج: إن قال: وجدتها مقتضة حد، وإن قال: وجدتها بكرًا؛ لم يحد.

ابن فتوح وابن فتحون والمتيطي: ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها بغير جماع أن يشيعوا ما نزل بوليتهم ويشهدوا به؛ ليرتفع عنها العار عند نكاحها.

قُلتُ: إنما يرتفع عارها إن نزل ذلك بها، وهي في سن من لا توطأ، أو كانت سقطتها بمحضر جمع، وينبغي أن يثبت ذلك بشهادة ذلك الجمع، ولو كان ذا سترة قاصرة عن التعديل أو نساء.

ابن فتوح: يشهد أبوها فلان ابن فلان أنه كان من قدر الله أن ابنته فلانة الصغيرة في حجره سقطت من كذا، أو وثبت، فسقطت عذرتها.

زاد ابن فتحون: وكذا الأخ.

قالا: فإذا زوجها وليها؛ لزمه إعلام الزوج بذلك، فإن لم يعلمه بذلك جاء القولان في شرط البكارة.

المتيطي: وعلى ردها بالثيوبة إن أكذبته في دعواه أنه وجدها ثيبًا؛ فله عليها اليمين إن كانت مالكة أمر نفسها، أو على أبيها إن كانت ذات أب.

ابن حبيب: ولا ينظرها النساء، ولا تكشف الحرة في هذا.

ابن لبابة: هذا خطأ، وكل من يردها بالعيب؛ يوجب أن يمتحن العيوب بالنساء، فإن زعمت أنه فعل ذلك بها؛ عرضت على النساء، فإن شهدن أن الأثر بها يمكن كونه منه وتبين؛ حلفت، وإن كان سيدًا وردت.

قيل: دون يمين على الزوج.

وقال ابن سَحنون عنه: لا بد من يمينه.

وفي قبول تصديقها له وهي في ولاية أبيها قولا ابن حبيب وابن زَرْب قائلاً: لأن

مالها بيد أبيها.

قُلتُ: والأول؛ لأنه أمر لا يعلم من غيرها؛ فلها نظيره في إرخاء الستر.

الشيخ عن الموازيَّة: ما حدث بالمرأة من عيب بعد العقد لغو هو نازلة بالزوج وهو تقبل غير واحد عن المذهب.

ونص ثاني نكاحها: أن تجذمت بعد النكاح حتى لا تجامع معه، فدعته للبناء.

قيل له: ادفع المهر وابن وادخل أو طلق.

ابن شاس: في كونه عيب الرجل كذلك في إيجابه المهر قولان في العيوب الأربعة.

وفي البرص: ثالثها: فيما أمنت زيادته، ورابعها في يسيره.

وفيها: مع سماع عيسى وغيره: إن زوج بعيب، ولم يمنها؛ فلاعن زمانه في المهر.

وفيها: عن عمر رضي الله عنه: من نكح امرأة، وبها جنون أو جذام أو برص فمسها؛ فلها مهرها بما استحل من فرجها، وكان ذلك لزوجها؛ غرما على وليها.

ابن القاسم: قال مالك: إنما يرجع به على وليها إن كان أباها أو أخاها، أو من يرى أنه يعلم ذلك فيها، وإن كان ابن عم أو مولى أو السلطان؛ فلا غرم عليها، وزاد المرأة بالخدمة إلا ما تستحال به.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من وجد امرأته ضررًا برواية بعد منها، ووليها قريب القرابة؛ يريد: ممن يعلم، وإنما رجع الزوج عليه بكل مهر، ولاتباعه للولي عليها، ولا للزوج في عدمه؛ لأنه غرة دونها ليس عليها أن تعلم بدائها، ولا ترسل إليه به، وقاله أَصْبَغ: والثيب والبكر سواء إن كان الولي ممن يحمل على القلم.

ابن رُشْد: قريب القرابة هو الأب والابن والأخ قاله مالك في موطئه، وابن حبيب في واضحته في العيوب الأربعة حتى داء الفرج الخفي.

علي: وكما هو قوله في السماع هو بما تردده، وقاله ابن حبيب في واضحته، وقول أَصْبَغ: الثيب والبكر سواء؛ صحيح؛ لأن أمر البكر للأب، وتوكيل الثيب وليها على إنكاحها توكيل علي إخباره بما علم موصيها، فإذا أكتم؛ فهو غارم.

ولابن حبيب: إن كان معدمًا رجع الزوج على الزوجة المؤسرة.

فإن كانا معدمين؛ قيل: أو كان يسيرًا ولا رجوع لمن عذر منهما على الآخر، ووجد

رجوعه عليها لعدمه، وإن كان ثمن الزوج أن المهر حصل لها بغير حق؛ فلا يترك لها إلا ما يستحيل به إن كانت توجب به جهات الرجعة منها إما باليسير فيه؛ إذ ليست متصلة به بخلاف إن كانت هي الغاز، ووجب فوقها على ما ذكره ابن حبيب، ولو كان للأب أو الأخ غائبًا غيبة طويلة يخفى عليه في مثلها خيرها، ومعرفة عيبها؛ فقال ابن حبيب: يحلف ما علم به، ولا غرم عليه؛ بل عليها.

وقال أشهب: يغرم كما يغرم في البرص بالمكان الخفي، وسائر الأولياء لا غرم عليهم، ومحملهم الجهل به حتى يثبت منهم، ومن اتهم منهم يعلم أحلف، قاله ابن حبيب؛ يريد: فإن نكل؛ غرم، فإن حلف؛ غرمت المرأة.

وفي الموازيَّة: لا يمين عليه إلا أن يدعي الزوج علمه ليحلف، فإن نكل؛ غرم بعد أو من الزوج، فإن نكل للزوج أو حلفه المولى، فسقط عنها للغرم؛ بطل رجوعه على المرأة.

قال فضل: هذا قيد على أصولهم؛ يريد: لأن إبراء المرأة بدعواه علم الولي والولي إذا علم سر دونها؛ إذ هي العاقد الواجب عليه.

ولو زوجها بحضرتها وكتما معًا؛ كانا غارمة يتبع الزوج أيهما شاء إن غرم لاولي رجع عليها، وإن أغرمها؛ لم ترجع حلفه.

وقال بعض المتأخرين: محمل كل الأولياء على العلم بالجنون والجذام؛ لأن الخبر بذلك لا يخفى عن الخيار فضلاً عن الولي؛ وهو ظاهر قول عمر ﵁: لم أرتجل زوج امرأة بها جنون أو جذام منها؛ فلها مهرها كاملاً، ويغرمه وليها لزوجها.

قال: هذا المتأخر، وكذا الأبرص الوجه والذراع والساق، وما عين يستره الثوب، فيحمل على العلم به الأب والابن والأخ فقط، وعيب الفرج إن كان لا يخفى على الأمر من التربية حمل على علمه دون غيره، فإن كان يخفى عليها لو يحمل الابن على علمه، فجعل العيوب أربعة معلوم لكل الأولياء: الجنون، وما ذكره معينة ومجهولة، سوداء الفرج الخفي، ومعلوم للأب فقط، أو الفرج الظاهر للأم، ومعلومة الأب والابن والأخ البرص مما يظهر من البدن.

وحكى فضل في داء الفرج الخفي عن عيسى بن دينار: أنه لا يرجع به إلا على المرأة، ويعينه للعتبية، ولم يقع له ذلك عندنا.

قُلتُ: الظاهر أنه أراد ببعض المتأخرين للخمي، وظاهر نقله عنه: أنه إذا كان مما لا يخفى على الأم حمل الأب على العلم به مطلقًا، وليس كذلك.

قال اللخمي: إن كان مما لا يخفى على الأم والأب ممن يخبر به؛ حمل على العلم به، وإن كان ممن له القدر، ولا يحب أن يذكر ذلك عن ابنته؛ حمل على الجهل، وكذلك إن حلفت الأم من نفاسها أو ثبتها عم ماتت، وثبت عدوله بعده، وبنى ظاهر قول ابن الحاجب إن كان كابن عم؛ ففي تحليفه قولان وجوه القول بتحليفه، فإن لم يتهم؛ فهو خلاف ما تقدم لابن رُشْد، ونقل ابن شاس.

الصقلي عن محمد: حيث يجب غرم الولي إن كان بعض المهر مؤجلاً؛ لم يغرمه للزوج إلا بعد غرمه.

قُلتُ: هذا بين إن لم يختر فلسه، وإلا يتقضي الأصول كذلك؛ كمبتاع سلعة بثمن لأجل استحقت قبله وبائعها يخشى فلسه إليه.

قال محمد: لو زوج أخ أخته البكر بإذن أبيه؛ فعليه يرجع، ولو كانت ثيبًا؛ فعلى الأخ.

وسمع عيسى ابن القاسم: من زوج ابنته على أنها صحيحة، فتجذمت بعد سنة أو نحوها، فقال الأب: تجذمت بعد النكاح، وقال الزوج: قبله؛ فعليه البينة، والأب مصدق؛ لأن زوجه ذا تيمنه، ورواها أَصْبَغ.

ابن رُشْد: إنما يصدق الأب إن تداعيا بعد البناء، وقيل: القول قول الزوج مع يمينه، وعلى الأب البينة، كما أن القول قول المبتاع في عيب عبد ظهر قبل قبضه يحتمل الحدوث والقدم، وبينا هذا في سماع سَحنون في كتاب التخيير والتمليك.

وقوله: القول قول الابن لم يبين هل يحلف، وكيف يحلف؟ ولا حكم نكوله، وحكم ذلك كالبيع لا بد من يمين الأب، وينبغي كونها على العلم؛ لأنه مما يخفى، ولو كان ظاهرًا الابن لإمكان كونه يوم العقد صبيًا؛ لأنه يريد إلا أن يشهد أو مثله لا يكون يوم العقد إلا ظاهر أنه يحلف على البت، فإن نكل؛ حلف الزوج، فكان له أمر؛ قيل:

على العلم في وجهين، وقيل: على نحو ما وجبت على الأب هذا مشهور المذهب به يمنع يحيى كل الأيمان في ذلك على البنت والأخ كالأب وغيرهما من الأولياء لا يميمن عليه؛ بل عليها، قاله ابن حبيب، وهو صحيح.

قُلتُ: تفسيره قول: صدق بأنه يمين خلاف قوله في أجوبته: أنه مهما أطلق صدق، فحمله على عدم اليمين بخلاف قيل: قوله: وما أقال عليه هو سماع سَحنون ابن القاسم: من صالحت زوجها على عبد، فظهر به عيب أو مات، فقالت: مات وحدث بعد الصلح، وأنكر الزوج؛ فعليها البينة، فإن ثبت موته بعده؛ فلا عهدة فيه.

ابن رُشْد: اعتراض بعض أهل النظر قوله: عليها البينة، وقال: هذا خلاف أصولهم في أن ما أنكر حدوثه من عيب القول فيه قول البائع غير صحيح الغيب كالموت إذا وجد به قبل القبض؛ لأن ذهاب البعض كالكل.

وخص ابن حبيب على ذلك، وفرق بين وجود العيب الذي يقدم ويحدث قبل القبض أو بعده.

قُلتُ: الفرق بين الموت والعيب: أن الموت يمنع تقرر ماهية البيع؛ لامتناع تصوره دون مبيع، فالأصل عدم تقرره، فكان القول قول المشتري، والعيب لا يمنع تقرره؛ فهو حاصل، والأصل العلامة؛ فكان القول فيه قول البائع، وتمسكه بتفرقة.

ابن حبيب: معارض بظاهر تسوية المَدَوَّنة بين القبض وعدمه.

الشيخ: روى محمد: من ظهر على عيب بامرأته يوجب ردها بعد طلاقها لا يرجع بشيء من مهرها، ولو كان قبل البناء، ويغرمه إن لم يكن دفعه.

ولو مات أحدهما قبل الفراق، وعلم العيب توارثا، وثبت المهر، وكذا في الواضحة وسماع ابن القاسم.

قُلتُ: في كتاب العدة: سمع ابن القاسم: من طلقت أو ماتت أو اختلعت قبل علم الزوج عيبها؛ فلا شيء له.

سَحنون: ويرجع بالمهر على من غرم، ولو كانت؛ رجع عليها لا ربع دينار.

ابن رُشْد: لا شيء له في موتها اتفاقًا؛ لأن بموتها وجب له إرثها كالتي لا عيب بها فهو كمن ابتاع عبدًا علم بعيبه بعد زواله.

قُلتُ: لو كان موت المرأة؛ كزواله لزم في العبد.

وفي الجواب: بأن غرثها؛ كبناء بها، والإرث لا أثر لعيبها فيه، فصار كمعيب زال عيبه نظر؛ لاحتمال كونها ذمية أو أمة، وبأن معنى الإرث في العبد حاصل، ولو كان كافرًا.

ابن رُشْد: وأما الطلاق لغني قول سَحنون فيه: أنه إن كان قبل البناء رجل بكل المهر على غره، ولو كانت؛ وإنما يترك لها ربع دينار إن كان بعد البناء، وفي حلفه يرجع على من غره بتمام ما نقص الخلع عما يجب له في الطلاق وجه قول مالك القياس على من علم بعيب عبد ابتاعه بعد بيعه، وقول سَحنون: على من علمه بعد بيعه من بائعه.

قُلتُ: هذا في الخلع واضح، وأما الطلاق؛ فهو كهبته بائعه يوجب رجوعه بما بين مهري مثلها سليمة، ومعيبة من مهرها.

قال ابن عبد السلام إثر ذكره قولي مالك وسَحنون ما نصه: أصل المسألة في المدَوَّنة مختلف فيه للشُيُوخ تنازع في قيمتها أعني في رد كلامه بعضه لبعض هل هو خلاف أو فاق التعرض لذلك مما يلزق بالنظر في المدَوَّنة؟.

قُلتُ: ظاهره: أن مسألة الطلاق قبل الاطلاع على العيب، فإن أراد ذلك؛ ففي جعله إياها أصلاً لمسألة الطلاق بعد، ولأن مسألة الخلع تأتي في فصله لابن الحاجب.

[الغرور في النكاح]

والغرور: إخفاء نقص معتبر بأحد الزوجين بذكر ثبوت نقيضه، أو تقرر عرف لثبوته[1]، وهو موجب خيار الغرور، ولا مهر للفرقة به مثل القبلة مطلقًا.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (معتبر)؛ أخرج به ما ليس بمعتبر في النكاح إذا أخفى.

قوله: (بأحد الزوجين)؛ أخرج به الإخفاء في السلعة.

قوله: (بذكر ثبوت نقيضه)، كما إذا صرح بأمر معتبر بأنه فيها أو لها، ثم ثبت خلافه.

وقوله: (أو تقرر عرف)؛ لأن العرف كالشرط، (فإن قلت) الغرور والغش والتدليس كلها متقاربة، وقد ذكر في رسمها في البيوع إيراد البائع إلخ، وهنا صير الجنس إخفاء نقص، وهلا قال في رسمها: إيراد من أحد الزوجين.

=

ابن حارث: اتفاقًا في غير المعسر بالنفقة.

قُلتُ: لأن الزوج مجبور على الفرقة باختيارها الزوجة أو بغرورها، أو بغرور وليها الزوج، وبعد البناء، والغرور الزوج رجوعه بالمهر، كما مر في العيب.

عياض: ظاهر نكاحها وصريح استحقاقها: أن رجوعه على من غره غير الزوجة بكل المهر، قاله سائر المختصرين والشارحين.

وقال بعض الشُيُوخ: يقول: للغار ربع دينار كالزوجة.

قُلتُ: فيلزم في العيب أخرى.

وفيها: إن غرت من تزوجها في عدتها، فإن لم يعلمه أنها في عدة قال: بلغني عن مالك إن غره وليها، فبقي بها، ثم علم الزوج ذلك؛ فسخ نكاحه، ورجع بالمهر على من غره، فهذا إن غرته؛ رجع عليها إلا ما يستحب له.

في الجلاب: لو تزوجها في عدة جاهلاً، وبنى بها، ثم علم بها؛ فله ردها، وهو بمنزلته العيوب الأربعة، فاستشكله بعض شُيُوخنا.

الشيخ الفقيه المحصل أبو علي بن علوان: ولما ذكر القرافي قول الجلاب قال: قال الشراح؛ يريد في الرجوع بالمهر.

قُلتُ: قوله: فله ردها باللام الظاهرة الدلالة في الاختيار قوى في استشكالها إلا أن تحمل على أنها بمعنى، والإنصاف إن كلامه مشكل، ولعل الموجب لذكره إياها في العيوب وقوعها في المدَوَّنة في ترجمة العيوب.

وفيها: لمالك: لو أخبر رجل رجلاً على أمة أنها حرة، وزوجها من غيره، ثم استحقت؛ فلا شيء على المخبر، وإن زوجه منها، ولم يعلمه أنه غير ولي؛ لرجع عليه بما

(قُلتُ): يظهر أنه عبر بأحد الجائزين، (فإن قلت): النقص أجمل فيه.

(قُلتُ): قد ذكر بعد ما يبينه، وأطلق الإخفاء؛ لأنه يعم إخفاء الزوج وإخفاء الزوجة، وإخفاء الولي؛ والنقص إما بإخفاء العيوب الأربع، أو بإخفاء أنها في عدة، أو إخفاء كونها أمة.

وقوله: (نقص معتبر)؛ أخرج به ما ليس بنقص معتبر.

(فإن قلت): إذا غر مسلم كتابية؛ فإنه وقع الخيار لها كما في سماع عيسى، وقيل: لا خيار لها.

(قُلتُ): لأن شرطها فيه غرض لها لا؛ لأن الإسلام عيب، وفيه نظر تأمله.

يغرم من المهر.

ابن القاسم: ولا أحفظه عنه، ولكن هو رأيي، ولو زوجه وأخبره أنه اعتبر ولي؛ فلا غرم عليه.

اللخمي: لأن الزوج دخل على فسخه بعقده غير ولي، وهذا إن كان مهرها أمة وحرة سواء، وإلا غرم الفار فضل مهرها حرة عليه أمة.

قُلتُ: في غرمه الفضل نظر؛ لأن دخول الزوج على ما يوجب الفسخ إن منع تأثير الغرور في العزم؛ فلا غرم لشيء فضل ولا غيره وإلا غرم كل المهر، ولأنه إنما كان دخوله على الفسخ موجبًا لعدم الفار؛ لأن سيده حينئذٍ؛ فلا عقد نصًا؛ كقوله: دون عقده، وقد سلم في هذه المسألة عدم غرمه مطلقًا، وهو ظاهر لفظ المدَوَّنة في المسألتين.

قال اللخمي: وعدم غرمه إن لم يعقد له؛ لأنه غرور بالقول وفيه خلافه.

قُلتُ: مثله في تضمين الصناع من المدَوَّنة وابن بشير يحكى في الغرم بالغرور بالفعل، والقول ثلاثة أقوال: ثالثها: في الفعل لا القول.

وفي أكرية الدواب والصناع: إن شاء الله تعالى استيفاؤه.

ولو غزت أمة حرًا بحريتها في نكاحها منه بعقد صحيح؛ فله البقاء بالمسمى لا بدونه.

اللخمي: أرى إن رضي بالمقام أن يحط عنه ما زاد في المسمى بمكان حريتها.

قُلتُ: هذا غير ما تقدم؛ فهو نقص الثورة المشترطة، ولو بان غرورها بعد البناء، ففي كونه الوابج عليه؛ لها ربع دينار، أو مهر المثل أو الأقل منه، ومن المسمى رابعها: الأكثر منها، وخامسها: إن كان أصدقها ضعف مهر مثلها؛ فلها نصفا مهر أمة، ومهر حرة، وسادسها: المسمى.

للخمي عن نقل محمد مع ابن أبي حازم، ونقل ابن بشير والصقلي عنها، ونقله مع اللخمي عن ابن القاسم: إن كان المسمى أقل من مهر المثل يحمله لها، وأباه أشهب قائلاً: كما لو رضي بها طائعة.

ولسَحنون عن غير ابن القاسم، وظاهر قول مالك الثاني فيها عندي: اللخمي ولابن القاسم في العتبيَّة كأشهب، وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن بيعها تلك المنافع

كبيعها خدمتها إن حلف؛ فلربها رد محاباتها، وليس كزناها؛ لأنه لو اغتصبها، أو زنت؛ لم يغرم مهرًا؛ بل ما نقصها، فإن لم ينقصها شيء؛ لم يغرم شيئًا، ولو كان النكاح كالزنى؛ لخير ربها في أخذ ما نقصها الوطء أو مهر المثل؛ كما لو وهبت خدمتها، فنقصت لذلك؛ لخير ربها في أجر المثل، أو ما نقصتها الخدمة، ومن قال: لها ربع دينار؛ رأى غرورها جناية، وإن كان فيه إذن من المجني عليه، فوضع عنه المهر.

وفي الموازيَّة: مثله في العبد يدفع له ما يصنعه، فيتعدى عليه، فجعله جناية في رقبته.

وسمع سَحنون ابن القاسم: إن غرت أمة من نفسها من تزوجها بضعف مهر مثلها، واستحقت بعد البناء؛ فسخ نكاحها، ولها مهر مثلها، وترد ما زاد عليه، ولو كان أصدقها ربع دينار، أو أقل من مهر مثلها، وكانت بكرًا فافتضها، وقيمة عذرتها أكثر من المسمى؛ فليس لها غيره إلا أن يصدقها أقل من ربع دينار، أو لم يصدقها شيئًا؛ فلها مهر مثلها.

سَحنون: وقال غيره مثله إلا أنه قال: إن أصدقها ضعف مهر مثلها؛ أعطيت ما بين مهر أمة وحرة نصف مهر أمة، ونصف مهر حرة.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم: لها مهر مثلها، ويؤخذ منها الفضل هو نص قول ابن القاسم فيها، وعليه ينبغي حمل قول مالك فيها، وإن كان ظاهره خلافه؛ إذ لا يصح أن يترك لها ما زاد على مهر مثلها وهي غارة، والقياس إن لم يراع حق سيدها أن لا يكون لها إلا ما يستحل به فرجها؛ كالحرة الغارة بعيبها، وقاله ابن أبي حازم، وإنما يستقيم أن لها مما أصدقها مهر مثلها على ما لابن القاسم في الموازيَّة: أنه إن أصدقها أقل من مهر مثلها؛ كان لها تمامه لحق السيد، وتسويته بين أن لا يصدقها شيئًا، وبين أن يصدقها أقل من ربع دينار في أنها ترجع إلى مهر المثل يدل على أن النكاح بأقل من ربع دينار نكاح فاسد يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بمهر المثل، ولا خيار فيه للزوج مثل قول غيره فيها خلاف قوله فيها: وقيل: يفسخ قبل البناء، وقع في بعض روايات المدَوَّنة.

قُلتُ: أخذه هذا يرد بأن ابن القاسم إنما قاله في هذه المسألة: الفاسد نكاحها لا من غير قصور المهر عن ربع دينار، وهو تزويج الأمة دون إذن ربها.

وفيها: لمالك: من نكح امرأة أخبرته أنها حرة، فإذا هي أمة؛ أذن لها ربها أن تستخلف رجلاً على عقد نكاحها؛ فله فراقها قبل البناء دون غرم شيء من المهر، وإن دخل بها أخذ منها المهر الذي قبضته، ولها مهر مثلها، وإن شاء؛ ثبت على نكاحها بالمسمى.

قُلتُ: أرأيت لو غرت أمة رجلًا بأنها حرة؟.

قال: قال مالك: لا يؤخذ منها المهر.

ابن القاسم: أرى إن كان أكثر من مهر مثلها؛ ترك لها مهر مثلها، وأخذ منها الفضل.

قُلتُ: قوله: أولاً: يؤخذ منه المسمى، وقوله: ثانيًا: لا يؤخذ منها متناقض إلا أن يحمل الأول على أنه غير ما يقضى به في القيم؛ وهي العين، والثاني على ما يقضى به فيها.

وفي قوله: أرأيت، وجوابه نظرٌ؛ لأنه نفس المسألة التي قبلها.

ابن محرز: محمل قولها على أن تزويجه إياها على أنها حرة؛ ثبت ببينة، وإلا ففي تصديق الزوج أنه تزوجها على أنها حرة دون تصديق ربها في قوله: أنه تزوجها على أنها أمة أو السيد دونه قولان لأشهب وسَحنون.

قُلتُ: لا يلزم تقييدها بأن شرطه كان ببينة؛ بل الصواب إطلاقها، فيؤخذ منها قول أشهب، وفي رد هذا بأن سَحنون صاحب المدَوَّنة يقول بخلافه نظر.

وقول ابن الحاجب: تزويج الحر أمة، والحرة العبد دون بيان غرور واضح لقول أَصْبَغ وسماعه ابن القاسم: من استحق أمة تزوجها حر، وولدت منه، فقال الناكح: ظننتها حرة؛ صدق دون بينة.

قال أَصْبَغ: ولو أقر الزوج أنه تزوجها على أنها أمة، والفاشي أنها غرته بالسماع أو المأخذ أو الشك أو السبب؛ لم يصدق الأب؛ لأنه يدفع عن نفسه الغرم.

ابن رُشْد: هذا بين؛ لأن نكاحه إياها بإذنها دليل حريتها.

وقول أَصْبَغ: لا يصدق الزوج أنه علم أنها أمة إذا كان ظاهر أمره أنه تزوجها على أنها حرة صحيح؛ لأن فداء ولده بالقيمة حق لله عليه لا له في قول مالك وكل أصحابه، فإن قلت: كون السكوت غرورًا يعارضه.

نقل المتيطي: عن الباجي في قول فضل: مما يجب على الثيب إذا طلبت السلطان أن يزوجها أن تثبت كونها حرة، هذا على قول أشهب، وغيره من أصحاب مالك: أن الناس حر وعبد، وعلى قول ابن القاسم: إن الناس أحرار لا يحتاجون لإثبات أنها حرة.

قُلتُ: إنما قاله أشهب حيث لا دليل على رجحان الحرية، وهنا دليل الحرية قائم، وهو ما أشار إليه ابن رُشْد من استقلال المرأة والرجل بعقد النكاح؛ ولذا قال أشهب هنا: أن القول قول الزوج أنه على الحرية دخل، فإن قلت: نقل ابن محرز عن سَحنون: القول قول رب الأمة أن الزوج؛ إنما تزوجها على أنها أمة خلاف ما قررتم أن ظهور الرق مع السكوت غرور.

قُلتُ: ليس كذلك؛ لأن ما قررناه إنما هو بناءً على أن الغالب الحرية لا الرق، وهذا لا يعارضه قول سَحنون؛ لأن قوله بناء على ترجيح الأصل على الغالب لا على أن الغالب الرق، وهذا لأن الأصل أن ولد الأمة ملك لربها باعتبار عينه لا قيمته، فجعل سَحنون القول قول ربها بناءً منه على ترجيح الأصل على الغالب إذا عارضه، وهذا فيه خلاف مشهور لا على أن الغالب الرق.

وقول ابن الحاجب: بخلاف تزويج العبد الأمة واضح؛ لنص الشيخ والصقلي عن الموازيَّة، ولقولها: إن نكح عبد حرة على أمة أو أمة على حرة؛ فلا خيار للحرة؛ لأن الأمة من نسائه.

وقوله: وتزويج الحر المسلم النصرانية؛ واضحٌ أيضًا؛ لأن الكفر إن كان عيبًا في النكاح؛ فهو قاصر عليها غير متعد لولدها، ولا ترد المرأة بغير أحد العيوب الأربعة، وتوجيهه ابن عبد السلام بقوله لحصول الأحسن للزوجة؛ ولذا قال الشيخ: روى محمد: من تزوج نصرانية؛ لم يعلم لا حجة له حتى يشترط إسلامها، أو يظهر، ويعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة، لما كان سمع منها، ولو غر مسلم كتابية بأنه مثلها؛ ففي خيارها في فراقه قولان لسماع عيسى ابن القاسم مع نقل ابن رُشْد عن الموازيَّة، وعن رواية ابن نافع في المبسوط.

ابن رُشْد: الأول أظهر لا لأن الإسلام عيب؛ بل لأن لها في شرطها غرضًا كمشتري الأمة على أنها نصرانية؛ ليزوجها عبده النصراني، أو لحلفه لا يملك مسلمة له

ردها، ولو ظنته على دينها دون شرط؛ فلا حجة لها.

وسمع سَحنون ابن القاسم: إن قالت حرة تحت مكاتب بعد سنين: لم أعلم حين نكحته أنه مكاتب؛ حلفت على ذلك ولها الخيار، من العبيد من هو في حاله، وتجره، ومنظره كحر، وهي امرأة في خدرها لا تعلم ذلك.

ابن رُشْد: تحلف إن ادعى علمها ذلك اتفاقًا، وتفارقه ولها المسمى بالمسيس، وهذه أقوى في إيجاب اليمين ممن قام بعيب في سلعة، فأراد البائع أن يحلفه ما علم بالعيب، ولم يدع أنه أعلمه به؛ فلا يدخل في هذه ما في مسألة العيب من الخلاف، وإن لم يدع علمها، وطلب تحليفها؛ تخرجت على الخلاف في يمين التهمة.

وقال ابن كنانة: إن تزوجها ببلده الذي يعرف به، وأمر كتابته فيه ظاهر معروف؛ لم يقبل قولها ما علمت ذلك؛ إنما يقبل قولها، وتصدق إن تزوجها بغير بلده، ولو كانت مكاتبة أو أمة وادعت أنها تزوجته، وهي تظن أنه حر؛ لم يكن لها شيء إلا أن تدعي أنه أخبرها أنه حر، وتزوجته على ذلك، فيحلف، فإن نكل؛ حلفت، وكان لها الخيار.

قُلتُ: نحوه للشيخ والصقلي عن الموازيَّة.

زاد عن أَصْبَغ: ولا ينفعها إن قالت: ظننت أن المكاتب حر.

وعن ابن حبيب: ولا إن قالت: جهلت أن لي الخيار.

وسمع ابن القاسم: إن تزوج عبد أبق ببلد حرة، وقال لها بعد عشرين ليلة: إني عبد؛ فلا تخبري أحدًا؛ فأقامت معه، ثم ظهر عليه سيده، فأقر نكاحه، فعلم أبوها ذلك فقال: لك الخيار، فقالت: اشهدوا أني طلقت نفسي، فقال لها زوجها: ليس لك ذلك قد كنت علمت ذلك، فأقرت بذلك؛ أرى له أن يطلقها؛ لأنها طلقت نفسها، وما أقرت به لا أدري ما هو كأنه ضعفه.

ابن رُشْد: لا تصدق في إقرارها أنها علمت ذلك قبل طلاقها إياه؛ إذ لا بينة به، فتتهم على إرادة البقاء معه بعد طلاقها إياه، واستحبابه للزوج أن يطلقها إن علم صدقها فيما أقرت به؛ لتكون في سعة من نكاح غيره؛ إذ لا يجوز لها نكاح غيره على ما أقرت به؛ لأنها زوجة له، ولا يباح له البقاء معها؛ لما ظهر من طلاقها إياه، ولا أن يتزوجها قبل زوج إن كانت فارقته بثلاث، فطلاقه إياها لا يضره وينفعها.

قُلتُ: مقتضى هذا التقرير وجوب طلاقه إياها إن كانت طلقتها إياه طلقة الثلاث أو ما دونها، ولم يرض بتزويجها مع رضاها به؛ لأن عدمه يوجب عليها ضرر منعها من تزويج غيره، ولا منفعة له في عدم طلاقها، ولا ضرر يلحقه به قياسًا على قاعدة وجوب ارتكاب أخف الضررين قياسًا أحرويًا، وعلى ما قاله ابن رُشْد في أجوبته: إذا تعارض ضرران؛ وجب رفع أشدهما، وعلى منصوص المذهب فيمن انهارت بئره، وخيف على زرعه التلف من العطش، ولجاره ماء هو غني عنه؛ أنه يجبر على إعطائه إياه.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من تزوج على أنه قرشي، أو من فخذ من العرب، فوجد من غيره، إن كان مولىً؛ فلها فراقه إن كانت عربيةً، وإن كان عربيًا من غير القبيل الذي سمى؛ فلا خيار لها إلا أن تكون قرشية تزوجته على أنه قرشي، فإذا هو عربي أو تكون عربية تزوجته على ادعائه؛ فذلك لها.

ابن رُشْد: قوله هذا مضطرب؛ لأن قوله أولاً: إن كانت عربية؛ يدل على أنها إن كانت مولاة تزوجته على أنه قرشي أو عربي، فوجد مولى؛ فلا خيار لها، وإن كانت عربية تزوجته على أنه قرشي، فوجد عربيًا؛ فلا خيار لها، فلم ير لها على هذا خيارًا بشرطها إلا أن يوجد أدنى منها؛ ككونها عربية تزوجته على أنه عربي أو قرشي، فوجدته مولى، أو تكون قرشية تزوجته على أنه قرشي، فوجد مولى أو عربيًا.

وقوله أخيرًا: أو تكون عربية تزوجته على ادعائه؛ يريد: على أنه قرشي، فوجد عربيًا أن لها الخيار؛ خلاف قوله أولًا؛ إذ جعل لها الخيار إذا وجدته أدنى مما شرطت، وإن كان مثلها، ولم يجعل لها أولاً خيارًا إلا أن يوجد أدنى منها، ويلزم على قوله أخيرًا: إن كانت مولاة تزوجته على أنه قرشي، فوجد عربيًا أو مولى أو على أنه عربي، فوجد مولى أن لها الخيار، وهو أظهر على قياس قولهم: من ابتاع عبدًا على أنه من جنس، فوجده من جنس أدنى منه؛ أن له رده.

فتحصيله: إن وجدته أفضل مما شرطت؛ فلا خيار لها، وإن وجدته أدنى مما شرطت، وأدنى منها؛ فلها الخيار، وإن وجدته أدنى مما شرطت وهو أرفع منها أو مثلها، ففي خيارها قولان قائمان من هذه الرواية كما بيناه، وإذا وجب خيارها، فاختارت قبل البناء؛ فلا شيء لها من المسمى، وإن لم تعلم حتى بنى بها، واختارت؛

فهي طلقة بائنة، ولها المسمى، وحكم الرجل في اشتراط كونها قرشية أو عربية كما تقدم؛ يكون له الرد حيث يكون لها الخيار.

وولد الحر المغرور بحرية زوجته منها حر:

ابن رُشْد: القياس أنه رق لمالك أمه؛ لإجماعهم أن ولد الأمة من غير سيدها ملك له، وترك هذا القياس لإجماع الصحابة على حريته خلافًا لأبي ثور وداود في قولهم: أنه رقيق.

قُلتُ: إن ثبت إجماع الصحابة رضي الله عنهم؛ فقول أبي ثور وداود باطل؛ لأنه خلاف إجماع تقرر، والمعروف أخذ رب الأمة الأمة.

وفي الجلاب والرواية الأخرى: أخذه قيمتها، ولا شيء له في الولد، وعبر عنها المازري بقوله في الجلاب: رواية شاذة هي القضاء على الزوج بقيمتها.

وفي كون ولد العبد كذلك طريقان، الأكثر: ولده رقيق دون ذكر خلاف فيه.

فيها: إذ لابد من رقه مع أحد أبويه، فكان لمالك أمه، والعبد لا يغرم قيمته.

غير واحد عن محمد: ويتبع العبد من عزه بالمهر، ولا يتبع الغار به الأمة، وإن لم يغره أحد؛ رجع عليها بالفضل على مهر مثلها.

التونسي: كان يجب حرية ولده لشرطه ذلك، وما الفرق بينه وبين الحر؟.

والفرق بعجزه عن غرم قيمته، يبطل بالحر العديم، وتوقع اليسر كتوقع العتق، والفرق بأن لربه إبطاله من ذمته غير بين.

قُلتُ: قوله: غير بين؛ غير بين، والمرجو في الحر العديم يسره فقط، وفي العبد عتقه ويسره، والموقوف على أمر أقرب للوجود من الموقوف على ذلك الأمر وآخر.

ابن بشير وابن شاس: قيل: ولده حر، واستشكل صدق قولها؛ لا بد من رقه مع أحد أبويه بأن اعتبار شرط حرية أمه يوجب حريته كاعتباره في الزوج الحر؛ إذ هو موجب حريته لا حرية أبيه؛ لأنها في الزوجة الأمة لغو، ويجاب بأن اعتبار الشرط في الحر؛ لم يوجب حريته لذاته؛ لأنه صدر من غير أهله؛ بل لأن الإجماع حكم للولد من الزوج المغرور بحكم ولد الأمة من سيدها لمكان شرطه، وولد الأمة من سيدها الحر حر، ومن سيدها العبد عبد لسيده، فإذا كان المغرور عبدًا؛ لزم رق الولد مع أمه إن

ألغى الشرط، ومع أبيه إن اعتبر؛ فصدق لا بد من رقه مع أحد أبويه، فإن قلت: يلزم عليه إن كان المغرور ذا عقد حرية لازم كمعتق بعضه ومدبر ونحوهما كون الولد مثله؛ لأن ولده من أمته كذلك.

قُلتُ: هذا غير لازم؛ لأن مناط الحكم المذكور هو الحكم للولد بحكم ولد الأمة من سيدها فقط لا مع الحكم للأمة بأنها ملك للمغرور؛ ولذا تعلق الغرم بقيمة الولد فقط لا بقيمة أمه، وسريان عقد حرية الأب لابنه بملكه أمه.

وقيمة ولد الحر عليه لا على من غره الصائغ:

قال بعض الشُيُوخ: يغرم الغار للأب ما غرم من قيمة ولده، وفي المذهب ما يدل عليه، وكان بعض المذاكرين يقول: قد يقال: لا يغرم الأب قيمة ولده؛ لأنه سلط على الإيلاد ظنًا منه أن المالك سلطه، ولو غر سيد أمةٍ من زوجها منه على أنها ابنته؛ ففي غرم الزوج قيمة ولده منها نقل اللخمي عن ابن حبيب مع قول ابن الماجِشُون على من أولد أم ولد ابتاعها من سيدها قيمة ولده منها، وتخريجه على قول مُطَرِّف: لا قيمة عليه، وولد المستحقة من مالك لا زوج مذكور في الاستحقاق.

وفي كون قيمة الولد في النكاح يوم الحكم أو الولادة ثالثها: يوم القيام لمعروف المذهب وأشهب مع المغيرة، وتخريج ابن بشير من المستحقة بملك، ونقله ابن عبد السلام غير معزو، ولم نجد من نقله في المستحقة بملك غير ابن بشير.

وفي الضمان في موت الولد اضطراب.

ابن بشير: وعلى الأقوال: إن مات الولد قبل يوم قيمته عند قائله سقطت، ولو اختلف فيها؛ اعتبرت قيمة يومها عند قائله.

ابن محرز: إن مات الولد؛ سقطت قيمته.

المازري: قال المغيرة: القيمة يوم الولادة، فما حدث بعده من نماء؛ فلا يضمنه، كما لو مات بعد الولادة؛ لضمن قيمته، وأشار أشهب لرد هذا بأن الواطئ غير متعد، ومن بيده شيء بوجه شبهة؛ لا يضمنه بتعديه عليه، فوجب أن يكون الموت قبل الاستحقاق يرفع ضمان الأب.

قُلتُ: الأصوب إسقاط قوله بتعديه؛ لأن في التعدي خلافًا، والزوج هنا

غير متعدٍ.

وقال ابن رُشْد: في أول مسألة من نوازل عيسى في كتاب الغصب: لا خلاف أن المشتري لا يضمن قيمة من مات من الولد، وقال في أول مسألة من رسم الكراء من سماع أَصْبَغ من كتاب النكاح.

وقوله: القيمة فيه يوم الحكم، ولا شيء عليه فيمن مات منهم قبل ذلك هو قول مالك في المدَوَّنة وجميع أصحابه إلا المغيرة وأشهب أوجبا على الأب قيمته يوم ولد؛ فلا تسقط القيمة عندهما بموته قبل الحكم، فظاهر نقلي ابن رُشْد التناقض إلا أن يقال: ولد المستحقة عن ملك مستند؛ لضمان الأب الأم بثمنها.

وفي النكاح هو غير ضامن، وعلى هذا الاضطراب يجري النظر في استدلال محمد على ضعف قول المغيرة بأنه لو كانت القيمة يوم الولادة؛ لما سقطت بموته بعد ذلك.

قال ابن عبد السلام: ما قاله إن صحت موافقة المغيرة عليه ضعف قوله، وإلا فغير واحد من الشُيُوخ يرى أن الموت بعد الولادة، وقبل الحكم من ثمرات الخلاف.

قُلتُ: فلم يجزم بموافقة المغيرة ولا بعدمها، والمنقول في ذلك ما قلناه، وقوله: إن صحت موافقة المغيرة ضعف قوله؛ يرده ما نقله المازري عن أشهب فتأمله.

وفيها: لو قتل الولد عمدًا؛ فعلى أبيه الأقل مما أخذ من قاتله أو قيمته، ولو أسقطت أمه بضرب، ولم يستهل قبل الاستحقاق أو بعده؛ غرم الأب الأقل من الغرة، أو عشر قيمة أمه يوم ضربت.

عياض: في أصل المختلطة: يوم استحقت، والأول أصوب.

ابن وضاح: لم يصوب سَحنون ما في المختلطة، فأمرنا أن نكتب يوم ضربت.

قُلتُ: تقرر في علم الحديث: أن الصواب في مثل هذا ذكر ما في الأصل، والتنبيه على أن صوابه كذا لا إسقاط ما في الأصل، وذكر ما يعتقد أنه الصواب.

محمد عن أشهب: لا شيء على الأب في القتل والإسقاط، كما لو اقتص من الجاني، أو هرب، أو مات الولد عن مال كثير.

أَصْبَغ: لو أعدم الأب بعد أخذه الدية؛ لم يتبع المستحق غيره.

وفيها مع الشيخ عن المجموعة: لو استحقت حاملاً؛ فعلى أبيه قيمته يوم وضعه.

وقال ابن الحاجب: أثر هذه تالية للأوليين قبلها.

وقال أشهب: لا شيء عليه في الجميع.

ففسره ابن عبد السلام: بأنه لا شيء عليه في مسألة: المستحقة حاملاً كاللتين قبلها وهو وهم منهما؛ إنما قاله أشهب في القتل والغرة حسبما ذكره الشيخ والصقلي وابن بشير.

الشيخ عن الموازيَّة: لو قتل خطأ؛ اختص الأب عن سائر ورثته من أول النجوم بقدر قيمته، وورث مع سائر ورثته ما بقي، وفي تقويم الولد بماله نقل المازري قولين عن المذهب، عزا الثاني لابن القاسم في العتبيَّة ولقول المدَوَّنة: إن أعدم الأب؛ أخذت من الولد، وقيمته بماله أكثر منه، فلو قوم بماله؛ استحال أخذ قيمته من ماله؛ لامتناع كون الجزء أعظم من الكل أو مثله وقبلوه، ويرد بمنع الملازمة؛ لجواز حدوث مال له بعد تقويمه، وقبل غرمه، وبنقل ابن رُشْد في ثالثة رسم الأقضية من سماع يحيى: مال الأمة لا يسمى عند التقويم؛ إنما يقال: كم قيمتها بما لها من المال دون تسميته ووصفه، كما لا حظ له من الثمن لو استحق، وعزاه الشيخ لابن كنانة، وعزا عياض الأول لقوم. قال: وحكوه رواية، ولم يوقف عليها.

ولو كان الأب يوم الحكم بالقيمة عديمًا، والولد مليء؛ ففي غرمه قيمة نفسه قولا ابن القاسم فيها مع الشيخ عن المجموعة عن أشهب، وقول الغير في المدَوَّنة.

الشيخ في المجموعة عن أشهب: لو فلس الأب؛ حاص المستحق بقيمة الولد غرماء أبيه.

وفيها: إن كانا عديمين؛ غرمها أولهما يسرًا، ولا رجوع لمن غرمها منهما على الآخر، وموته عديمًا كحياته كذلك.

ولو استحق الولد من يعتق عليه؛ فلا قيمة له، ولا ولاء له عليه؛ لأنه حر إنما أخذت القيمة فيه بالسنة.

ابن عبد السلام: تعليله فيها مشكل؛ لأنه ينبغي عليه أن يغرم قيمته لمن يعتق عليه؛ إنما يمتنع غرمها له لو كانت عوض ما يصح تملكه.

قُلتُ: يرد بأن مراده بالسنة: أنها لا عن عوض ثبت بالفعل كثمن عبد بيع ممن

يعتق عليه، وأن السنة مع ذلك معللة بقبول ملك مالك الأم ولدها، لا أنها محض تعبد.

الشيخ: في المجموعة عن سَحنون: إن غرت أمة أبا ربها؛ فتزوجته على أنها حرة فأولدها؛ غرم قيمتها لابنه، وكانت له أم ولد، ولا قيمة عليه للولد، ولا مهر مثل، ولا مسمى ونكاحه لغو، وذلك كوطئه إياها يظنها له أو عمدًا، بخلاف غرور أمة الأب ولده بذلك هو فيها كالأجنبي في غرم مهر مثلها لا في قيمة ولدها.

قُلتُ: فقولها: لو غرت أمة الأب ولده، فتزوجها، وولدت منه، ثم استحقها الأب؛ فلا شيء له من قيمة ولدها؛ إذ لو ملكهم؛ عتقوا عليه، وكذا إن غرت أمة الولد والده؛ يريد في قيمة الولد فقط.

وفيها: وقف قيمة ولد المكاتبة إن عتقت أخذها الأب وإلا فسيدها.

الشيخ عن محمد: يتعجلها السيد؛ لتعلق حكم الكتابة بولدها، فإن وفت بالكتابة؛ عتقت وإلا حسب من آخرها كجناية عليها.

زاد الصقلي عنه: إن زادت قيمته على الكتابة؛ سقط الزائد عن الأب، وقاله اللخمي.

قال: وأرى إن شك في عدم الواطئ؛ لاحتمال أدائها بقيت القيمة في ذمته إن كان مأمونًا مليًا، أو أتى بحميل كذلك، وإلا تعجلها السيد إن كان مأمونًا غير ملد بردها إن وجب وإلا وقفت.

وقول ابن عبد السلام: ظاهر كلام محمد لا فرق بين كون القيمة مثل بقية الكتابة أو أقل، وفهم بعضهم أنه إنما يكون هذا إن كانت مثل بقية الكتابة فأكثر؛ يقتضي أنها إن كانت أكثر؛ أخذها السيد، وإن كانت أقل؛ فالحكم بخلاف إن كانت مثل الكتابة، والمنصوص خلاف ذلك فيهما حسبما تقدم للصقلي واللخمي، ولا أعرف فيه خلافًا، ولا يخفى ضعفه؛ لأنها إن كانت أكثر؛ بقيت من القيمة فضلة عن حريتها، فيجب سقوطها، ويمتنع توهم أخذها السيد، وإن كانت أقل؛ وجب أيضًا أخذها السيد في الكتابة؛ لرجاء أدائها أو عجزها؛ فيستحقها السيد.

وفيها: قيمة أم الولد على رجاء عتقه بموت سيد أمهم، ونفيه بموتهم قبله، ولو مات سيدها قبل القضاء بها؛ سقطت.

وولد أم الولد في كون الواجب فيه لمستحق أمه قيمته على رجاء عتقه بموت سيد أمه، ونفيه بموته قبل السيد، أو قيمته عبدًا ثالثها: أجرة خدمته كل يوم من يوم استحق لا من قبله، فإن استحق صغيرًا؛ فلا غرم حتى يطيق الخدمة.

لمالك فيها: وابن الماجِشُون.

ومالك: في الثمانية.

مُطَرِّف: إن مرض؛ فلا شيء فيه حتى يصح، وإن صار ذا صنعة؛ ففيه الأجرة على أن لا عمل بيده.

وفيها: لو مات السيد قبل القضاء بقيمته؛ سقطت.

اللخمي: على قول المغيرة: القيمة يوم ولد؛ لا تسقط بموته، ولا موت السيد، ولو قتل الولد؛ ففي كون قيمته كذلك، أو عبدًا نقلا ابن محرز عن الشيخ وفضل، وعزاه الصقلي لبعض القرويين، واحتج بأنها الواجبة في قتل ولد أم الولد، وغلطه الصقلي بأن القيمة فيه على المغرور بخلافها على الأجنبي.

ابن محرز: وحكم قطع يده يجري على القولين، وقيمة بقيته على الرجاء والخوف، ويحتمل كون اليد كذلك اتفاقًا، وهو أقوى لبقاء متعلق رجاء الحرية فيه.

الصقلي والشيخ عن محمد: وولد المعتقة لأجل قيمته على أنه حر إليه.

اللخمي: هذا على قولها، وعلى قوله في ثمانية؛ أبي زيد: تقوم خدمته.

ابن الماجِشُون: قيمته قيمة عبد.

وولد المدبرة: في كون قيمته على رجاء حريته بعتق التدبير، أو عبدًا قولها وقول محمد.

اللخمي: لو مات السيد قبل النظر فيه؛ اعتبر حكم موته في رقه وعتقه أو بعضه مناب ما عتق منه ساقط، ومناب ما رق منه يغرمه أبوه.

وعتق الأمة تحت عبد يوجب تخييرها في فراقه.

في الأيمان بالطلاق منها: إن عتقت تحته؛ حيل بينهما حتى تختار، وعدم ذكر أكثرهم: حيل بينهما؛ يخل بفائدة معتبرة.

الباجي: روى القعنبي: عتق التدبير والإيلاد والكتابة؛ كعتق البتل؛ لأن حكمهن

كأمة ما بقي فيهن شعبة رق، والعتق تحت الحر المذهب لغوه.

وفيها: عتق بعضها لغو.

قُلتُ: فأحرى التدبير والكتابة والإيلاد بوطء السيد أمته الزوجة في غيبة زوجها بعد حيضة من وطئه، وهو نص اللخمي عن المذهب.

وروى اللخمي وغيره: علة تخييرها نقص زوجها بعدم حريته.

اللخمي: وقيل: لأنها كانت مجبورة على النكاح.

اللخمي: فيكون لها الخيار تحت الحر.

وعزاه ابن بشير لأبي حنيفة، وقال: لم يعين اللخمي قائله.

وعزاه أبو عمر لأبي حنيفة، وغيره خارج المذهب.

وسمع ابن القاسم: للمعتق بعضها تحت عبد الخيار بعتقها.

قُلتُ: لم، وما أنكحت إلا برضاها؟.

قال: لأن حدودها وكشف رأسها كالأمة.

ابن رُشْد: علة تخييرها نقص زوجها لا جبرها على النكاح؛ ولذا قلنا: لا خيار لها تحت الحر، وعلى قول أهل العراق: لها الخيار تحته علته جبرها.

وفيها: لها الخيار عند غير السلطان، وبعد مجلس علمها بالعتق ما لم توطأ.

وفي سماع القرينين من كتاب التخيير: قال أشهب: كتب مالك لابن فروخ بلغو قول أمة تحت عبد: إن عتقت تحته؛ فقد اخترت نفسي، أو قالت: اخترته؛ لأنه طلاق لأجل مشكوك فيه، وخلاف عمل الماضين.

ابن رُشْد: وقال مالك: من شرط لها زوجها: إن تزوج عليها، فأمرها بيدها، فقالت: إن تزوج علي؛ فقد اخترت نفسي، واخترت زوجي؛ لزم قولها؛ ففرق بين المسألتين، ولهذه المسألة التي تحكى أن ابن الماجِشُون سأله عن الفرق فيها بين الحرة والأمة، فقال له مالك: أتعرف دار قدامة؛ دار كانت يلعب فيها بالحمام معرضًا بقلة تحصيله، وترك إعمال نظره حتى لا يسأل إلا عن مشكل كقوله لابن القاسم في سؤال له: أنت حتى الساعة تسأل عن مثل هذا، ولعمري إن مثل ابن الماجِشُون في تحصيله وجلالة قدره لحرٍ أن يوبخ على مثل هذا السؤال؛ لأن مالكًا لم يفرق بين الحرة والأمة،

إنما فرق بين خيار وجب بالشرع بشرط، وخيار جعله الزوج باختياره بشرط.

قُلتُ: وسمعت في صغري والدي يحكي عن بعض الشُيُوخ، وأظنه شيخه؛ الشيخ الفقيه أبا يحيى ابن جماعة، أو الشيخ الفقيه الخطيب أبا محمد البرحيني أن قوله له: أتعرف دار قدامة؛ تعريض له بتقدم دخول كان.

لابن الماجِشُون: لدار قدامة فاته بها علم ما سأله عنه من الفرق، ونحو هذين الأمرين قول عياض:

قال ابن حارث: كانت لابن الماجِشُون نفسٌ أبيةٌ كلمه مالك يومًا بكلمة خشنة، فهجره عامًا كاملاً، استعصى عليه الفرق بين مسألتين، فقال له مالك: أتعرف دار قدامة، وكانت دار يلعب فيها الأحداث بالحمام.

وقيل: بل عرض له بالعجز، ثم قال ابن رُشْد الفرق بينهما، فذكر ما تقريره تخيير العتق موجب به شرعًا، فلو لزم سابق قولها على العتق؛ بطل التخيير به ضرورة مناقضة التخيير اللزوم، وكل ما بطل التخيير به؛ بطل ما أوجبه الشرع، فلو لزم سابق قولها؛ بطل ما أوجبه الشرع، واللازم باطل قطعًا، واختيار ذات الشرط قبل حصوله لما لم يكن ملزومًا لإبطال ما أوجبه الشرع؛ لزم؛ لأنه التزام على تقدير وقوع أمر قبل وقوعه لو التزمه بعده؛ لزمه، فكذا قبله كقول الزوج امرأته طالق إن كان كذا، ثم استشهد على لغو التزام الأمة تعتق بقوله: ألا ترى لو أن غنيًا قال: إن افتقرت؛ فلا آخذ الزكاة التي أباح الله للفقير، أو إن افتقرت؛ فأنا آخذها، ثم افتقر؛ لم يحرم عليه أخذه ولا يلزمه؛ لأن الشرع خيره فيهما.

قُلتُ: فيما فرق به نظر من وجهين:

الأول: أنه يلزمه لغو الطلاق المعلق على العصمة قبل حصولها كقوله: إن تزوجت فلانة؛ فهي علي حرام؛ بيان الملازمة أن الشرع جعل النكاح موجبًا لحلية الزوجة لزوجها، فإلزامه تحريمها قبلها؛ مناقض لموجب النكاح الواجب بالشرع.

الثاني: منع مناقضة إلزامها ما التزمت لما أوجبه الشرع من خيارها، وسنده أن اللزوم اللاحق لا يناقض التخيير الأصلي؛ كعدم مناقضة الوجوب العارض الإمكان الذاتي، واستشهاده بقوله: لو أن غنيًا قال إلخ؛ يرد بأن الكلام في التزام ما يلزم غير

معلق إن التزم معلقًا، وما جاء به لا يلزم غير معلق بحال، ومن أنصف علم أن سؤال ابن الماجِشُون ليس عن أمر جلي؛ ولذا سوى بينهما مالك مرة وبعض أصحابه.

حصل ابن زرقون في التسوية بينهما في لزوم ما أوقعتاه قبل حصول سبب خيارهما وعدمه.

ثالثها: التفرقة المذكورة لابن حارث عن أَصْبَغ مع رواية ابن نافع والباجي عن المغيرة مع فضل عن ابن أبي حازم، ومعروف قول مالك، وفرق الصقلي أيضًا بأن خيار الأمة؛ إنما يجب بعتقها، فاختيارها قبله ساقط؛ كالشفعة، وإسقاطها قبل الشراء، والمملكة جعل لها الزوج ما كان له إيقاعه، وله إيقاعه معلقًا على أمر، فكذا الزوجة.

قُلتُ: ينتج هذا لزوم ما أوقعته من طلاق لا ما أوقعته من اختيار زوجها. فتأمله.

وقول ابن رُشْد: لحر يقع بياء بعد الراء ودونها وكلاهما صحيح.

قال الجوهري: يقال: هو حرى أن يفعل كذا بالفتح؛ أي: خليق وجدير لا يثنى ولا يجمع.

أنشد الكسائي:

وهن حرىً أن لا يثبنك نقرة   وأنت حرىً بالنار حين يثيب

وإن قلت: هو حرٍ بكسر الراء، أو حريٌّ على فعيل؛ ثنيت وجمعت.

فإن نجزت مختارها حين علمها بعتقها فواضح، ولو وقفها الزوج، فقالت: أنظر وأستشير، ففي قبول قولها، والحكم عليها بتنجيزه.

نقل اللخمي عن المذهب مع نصها في الأيمان بالطلاق: قال مالك: لها أن تمنعه حتى تختار أو تستشير.

والشيخ عن رواية محمد: إن وقفها السلطان؛ قضت، وإلا أخرج ذلك من يدها.

وعلى الأول قال اللخمي: استحسن تأخيرها ثلاثة أيام، واختلف هل يوقف الشفيع على الأخذ، والترك بالحضرة، أو يؤخر ثلاثة أيام؟.

قُلتُ: الأول قولها، والثاني عزاه ابن رُشْد، وغيره لرواية ابن عبد الحكم.

وفيها: ولو وقفت سنة فمنعته وطأها، وقالت: لم أسكت رضىً بالمقام؛ صدقت

دون يمين كالتمليك، وصوبه اللخمي بأن لها دليلاً على صدقها، وهو منعها نفسها طول المدة.

وقول ابن عبد السلام: حكى بعضهم في مسألة الكتاب هذه: سقوط خيارها لطول المدة لا أعرفه.

ونقله عن العتبيَّة: أنها تحلف، وأن بعضهم أجراه على أيمان التهم؛ لم أجده في العتبيَّة؛ إنما فيها في رسم حلف من سماع ابن القاسم في كتاب التخيير والتمليك: من قالت له زوجته عند سفره: أخاف أن تبطئ عني، فقال لها: إن لم آتك لأجل سماه، فأمرك بيدك، فمضى الأجل، وأقامت بعده شهرين، واختارت نفسها، وقالت: أقمت انتظارًا له، ولم أترك حقي؛ لها ذلك ولا يمين عليها.

ابن رُشْد: لم يختلف قول مالك في هذه إلا في يمينها؛ أسقطها فيها، وأوجبها في الموازيَّة، ورواه ابن عبد الحَكم عن ابن القاسم في رسم باع من سماع عيسى: وهو على الخلاف في يمين التهمة.

ولو أقامت أكثر من شهرين؛ سقط خيارها بخلاف الأمة تعتق تحت العبد، وتمام كلامه في التمليك.

وفيها: إن عتق معها، أو قبل اختيارها؛ سقط.

وسمع عيسى ابن القاسم: إن لم تختر لمنعها الحيض ذلك حتى عتق؛ فلها الخيار؛ لأنه ثبت بالخيار لها إنما منعها حيضها.

ابن رُشْد: فقوله: لها الخيار؛ ليس خلاف قولها: إن عتق قبل خيارها سقط لقوله: إنما منعها الحيض؛ يريد: أنها لم تفرط، وهو ظاهر الروايات، ويأتي على ذلك: لو عتق إثر عتقها حيث لا تفريط منها كانت على خيارها.

وقال ابن زَرْب: سماع عيسى خلاف المدَوَّنة، وهو القياس؛ لأن علة الخيار النقص، وقد ارتفع؛ وهو الظاهر من الروايات، ولما ذكر الباجي سماع عيسى قال: روى القعنبي: إن لم يبلغها العتق حتى عتق؛ بطل خيارها.

وقال: لا خيار لها إن لم تختر حتى عتق، فيحتمل أن يكون على روايتين، ويحتمل الفرق بأن حيضها منعها.

ابن زرقون: بالأول قال ابن زَرْب، وبالثاني قال اللخمي.

قُلتُ: ففي بقاء خيارها إن عتق قبله ثالثها: إن عتق إثر عتقها لتخريج ابن زَرْب مع أبي عمر عن ابن القاسم مضعفًا له بأن زوال العيب يسقط خياره ولها ولتخريج ابن رُشْد من تعليله في الحيض، وعزو ابن عبد السلام الأول لعلي بن زياد لا أعرفه.

اللخمي: إن عتقت وهي في عدة من طلاق رجعي؛ فلها الخيار لتسقط رجعته، ولو قيل: تمنع من الطلاق إن قال: لا أرتجع؛ رأيته حسنًا.

وقول ابن عبد السلام: في هذا نظر؛ لاحتمال أن لا يفي لها بذلك ويرتجعها، يرد بتمكينها من طلاقه عملاً بموجبه السالم عما يعارضه.

ابن شاس وابن الحاجب: إن طلقها قبل اختيارها؛ فلها الخيار إن كان رجعيًا، وإن كان بائنًا؛ فلا.

ابن عبد السلام: إن قيل: على القول: إن طلقة اختيارها رجعية؛ لا يكون لها طلاق لحصوله بطلقة الزوج، فالجواب بأن طلقة اختيارها، وإن كانت رجعية؛ فالرجعية فيها مشروطة بعتقه، فهي أشد من طلاقه الرجعي؛ فلم يغن عنها.

قُلتُ: يرد بأن مقتضاه لو لم تكن أشد بما ذكره ما كان لها الخيار، وهو خلاف قولها في التمليك لو قال لها: أمرك بيدك، ثم طلقها، فإن قضت بواحدة؛ لزمته طلقتان، وطلقة التمليك رجعية تمكنها من طلقة رجعية، وهي في عدة من طلقة له رجعية، والجواب الحق الذي يتوجه به قولها: إن الطلاق كلي شائع في عدد آحاد متباينة بخصوصيات الأولى والثانية والثالثة، فما أوقعه الزوج من طلقة هي غير ما يجب بتخيير عتق أو تمليك؛ لأنهما إنما يتعلقان بما يصح إيقاعه حين حصول العتق، وإرادة القضاء بالتمليك، وما يصح إيقاعه بهما حينئذ مباين لما سبق قبله بالأولية، وبكونها ثانية والمباين لا يقوم مقام مباينه بحال.

وفي ثاني نكاحها: إن اختارت قبل البناء؛ فلا مهر لها، وإن قبضه سيدها؛ رده؛ لأن الفسخ من قبله.

محمد: هذا إن كان السيد موسرًا به يوم عتقها.

ابن محرز: هذا أصل يخالف فيه ابن القاسم، يرى في هذه وشبهها أنه دين طرأ بعد

العتق؛ فلا يبطله، وإن كان معسرًا به يوم العتق.

ابن شاس: إن كان معسرًا به يوم أعتقها؛ ففي سقوط خيارها؛ لأنه يؤدي لطلب سيدها بمهرها، وهو عديم به يوم أعتقها فيرد؛ فيبطل خيارها نادًا ثبوته لنفيه وثبوته، ثم تباع في مهرها نظرًا لموجب الأحكام ثالثها: ثبوته ولا تباع؛ لأنه دين طرأ بعد عتقها.

قال ابن عبد السلام: هذا الذي يشبه أصل المدَوَّنة لقولها في العتق الأول منها: قال ابن القاسم: إن باع عبدك سلعة بأمرك، ثم أعتقته، ثم استحقت السلعة، ولا مال لك؛ فليس للمبتاع رد العتق؛ لأنه دين لحق السيد بعد العتق، فلم يجعله سابقًا على العتق مع أن استحقاق السلعة يوجب نقض البيع من أصله، وليس كذلك الطلاق؛ لأنه يقتضي وجود زوجة يقع عليها الطلاق.

قُلتُ: تقدم له هذا الأخذ في بيع الأمة من زوجها، والتنبيه على أن الأخذ من مسألة الرَّهن أقرب؛ وهي من استهلك مهر أمته قبل البناء وأعتقها، ثم طلقها زوجها قبل البناء، ولا مال للسيد؛ لم يرد عتقها؛ لأن الدين إنما لزم السيد حين طلق الزوج لا يوم العتق.

وفي ثاني نكاحها: إن اختارت بعد البناء؛ فمهرها لها كمالها، إلا إن اشترطه السيد أو أخذه، ولو كان نكاحها تفويضًا، وفرض لها زوجها بعد العتق؛ فهو لها ولا سبيل لسيدها عليه؛ إذ لم يكن مالاً لها فيشترطه، وإذ لو مات الزوج، أو طلق قبل الفرض؛ لم يكن لها شيء.

ابن محرز: يجري على ألسنة المذاكرين: إنما هذا على قول ابن القاسم فيمن أعتق عبده، وعليه مائة دينار أنها ساقطة، وعلى قول مالك بلزومها؛ فللسيد ما اشترطه من مهرها قبل فرضه.

ابن محرز: وهذا غلط؛ لأن قول مالك؛ إنما هو فيما ألزمه السيد ذمة عبده، واستثناؤه المهر قبل فرضه؛ ليس إلزامًا لذمتها.

قُلتُ: قد يرد بأن إلزام شرطه في الذمة أشد في مناقضة حكم العتق منه في جزئي جرى سببه؛ فلزومه في الجزئي أحرى.

وفراقها إياه بطلقة المشهور بائنة.

فيها: لم جعلها مالك بائنة، وهو لا يعرف طلقة بائنة قال: لأن كل فرقة من السلطان بائنة.

اللخمي: روى ابن شعبان: إن عتق في عدتها؛ فله رجعتها؛ وهو القياس كمن طلق عليه لعيب، فزال في العدة.

قال محمد: إن طلق عليه لجنون أو جذام أو برص، ثم ذهب عنه في العدة؛ فله الرجعة.

وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب العدة: إن عتقت أمة تحت عبد، فطلقت نفسها ثم مات زوجهاو وهي في عدتها؛ رجعت لعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا.

ابن رُشْد: هذا خلاف المَدَوَّنة لنصها: لا ترجع إلا في طلاق رجعي، ونصها: طلقة الأمة لخيارها بائنة.

وروى ابن نافع: له الرجعة إن عتق في عدتها.

ابن نافع: ولا أقوله.

أبو عمر: لا معنى للقول: إنها رجعية؛ لأنه لو ملك زوجها رجعتها لم يكن لاختيارها معنى.

ابن رُشْد: قول أبي عمر هذا وهمٌ؛ لأنه لم يقل أحد أنه أملك لها، وإن لم يعتق.

قُلتُ: في الكافي له ما نصه: وهي طلقة بائنة.

وقال بعض أصحاب مالك: إنها رجعية وليس بشيء.

قُلتُ: ظاهره: أنها رجعية مطلقًا خلاف نقل ابن رُشْد، فعلى قول أبي عمر الأقوال ثلاثة.

اللخمي: اختلف قول مالك: إن قضت باثنتين في سقوط الثانية، وسقوطها أصوب؛ لزوال ضررها بواحدة.

ابن زرقون عن الباجي: اختلف قول مالك: إن كانت مدخولاً بها فقال في المَدَوَّنة مرة: لا تطلق إلا واحدة، ثم قال: لها أن تطلق ثلاثًا.

وفي المبسوط عن ابن القاسم: ثنتين؛ لأن ذلك جميع طلاق العبد.

وفي المدنيَّة: قوله الأول: لها إيقاع الثلاث.

عيسى: وبه قال ابن القاسم: ووجهه أن جهة الزوجة لما انتقل إليها الطلاق انتقل إليها العدد، وكانت جهة حرية، فكملت فيها الثلاث.

وقد روى زياد بن جعفر: إن طلقها طلقتين؛ فهي أملك بنفسها، وهو خاطب من الخطا؛ب فلم يحرمها بالثنتين.

وروى محمد بن يحيى السبائي في أمة تحت عبد طلقها، ثم أعتقت في عدتها، فاختارت نفسها: بانت منه؛ لأن طلاق العبد ثنتان، فثبت في المسألة روايتان.

ابن زرقون: تأمل هاتين الروايتين في قول أبي الوليد فيهما نظر.

قُلتُ: أخذه الثلاث من لفظ: لها إيقاع الثلاث؛ يرد باحتمال أن يريد به البتات لا عدد الثلاث، وبتات العبد باثنتين، ويأتي من لفظ المدَوَّنة ما يؤيده، وأخذه من رواية: وهو خاطب من الخطاب؛ يرد باحتمال إرادة بعد زوج، وبأنه طلاق صدر من عبد لا من زوجته بعد عتقها، فلا يتناوله توجيهه المذكور، فإن صح ما ذكره فظاهره تحصل عليه في كون طلاق العبد الحرة ثنتين أو ثلاثًا، ثالثها: هذا إن صدر من زوجته؛ لعتقها تحته للمشهور، ورواية زياد ورواية المدنيَّة، وظاهر نقل اللخمي، وغير واحد أن اختلاف قول مالك فيما زاد على الواحدة؛ إنما هو بعد الوقوع، وظاهر كلام الباجي وأبي عمر في الكافي، وأول لفظ المتيطي أنه قبل الوقوع، وهو ظاهر لفظ البراذعي في النكاح الأول، والصواب الأول في نكاحها الأول.

قال مالك: إن طلق السيد على عبده لتزوجه بغير إذنه واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا؛ فذلك جائز.

قُلتُ: إنما طلاق العبد طلقتان، فما قول مالك: ثلاثا؟ قال: كذلك قال، وإنما يلزم الاثنتان، ألا ترى أن في حديث زبراء قالت: ففارقته ثلاثًا[1]، وإنما طلاقه اثنتان، فإن قلت: لفظ حديث زبراء أخف من قول مالك؛ لاحتمال أن تريد زبراء بالثلاث البتات لا عدد الثلاث، ولفظ مالك لا يقبل هذا لقوله: اثنتين أو ثلاثًا، فعطفه الثلاث على اثنتين يدل على إرادة العدد لا البتات، وإلا لزم عطف الشيء على نفسه.

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 4/808، ما جاء في الخيار، رقم (2075).

قُلتُ: إنما قاله مالك حكاية لأمر وقع فبين حكمه، ولفظها في الأيمان بالطلاق: إن طلقت نفسها اثنتين؛ فهي اثنتان تحرم عليه حتى تنكح زوجًا غيره؛ لأن ذلك جميع طلاق العبد.

وفيها: إن عتقت وهي حائض، فاختارت نفسها أيكره ذلك؟ قال: لم أحفظه من مالك، وأكره ذلك إلا أن تختار، فيجوز ذلك لها.

وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب التخيير: لا تختار حتى تطهر، فإن فعلت؛ جاز على الزوج، ولو أخرت وعتق زوجها قبل طهرها؛ لم يقطع خيارها.

ابن رُشْد: إن طلقت وهي حائض؛ لم يجبر الزوج على رجعتها؛ لأن الطلقة بائنة، وعلى رواية أن له الرجعة إن عتق؛ أجبر على رجعتها.

قُلتُ: ظاهره: ولا طلاق لها بعد ذلك.

وقال اللخمي: على أنها رجعية في جبرها إشكال؛ لأن الرجعة ليست بيدها، ولا بيد الزوج؛ لأن ذلك حق عليه، فإن ارتجعها السلطان، وعادت زوجة؛ أبطل حقها في الخيار، وليس لها أن تطلق أخرى؛ لأن الطلقة التي كانت بيدها قد أوقعتها، وأرى إن جبرها السلطان وعادت زوجة أن يكون لها أن توقع أخرى، وهذه ضرورة.

قال: فإن كانت صغيرة؛ نظر السلطان بما يراه حسنًا لها، وكذا السفيه إلا أن تبادر باختيار نفسها، ولو رضيت بالمقام؛ لم يلزمها على قول ابن القاسم إن لم يكن حسن النظر، ولزمها على قول أشهب.

قُلتُ: قوله: ولو رضيت بالمقام؛ يريد: الصغيرة، ويريد بقولي ابن القاسم وأشهب ما ذكره عنهما في كتاب التخيير قال فيه: اختلف إن خيرها، وهي صغيرة، فاختارت نفسها، فقال مالك: ذلك طلاق إن كانت بلغت في حالها.

قال ابن القاسم: يريد: إذا بلغت الوطء فيما أظن.

وقال أشهب وعبد الملك: ذلك خيار، وإن كانت صغيرة، وتمامها في التمليك.

ويسقط خيارها فيها بقولها: رضيت بالزوج أو بوطئه إياها بعد علمها بعتقها، ورواه محمد وقال: يعني طائعة.

اللخمي: القبلة والمباشرة كالإصابة، وكذا إن أمكنته ولم يفعل.

قُلتُ: هو ظاهر قولها؛ يريد: إن أمكنته بعد العلم بعتقها؛ فلا خيار لها.

قال: ولو ادعى علمها بالعتق قبل وطئه إياها وأكذبته؛ صدقت.

الشيخ عن محمد: لو ادعى وطئها بعد علمها بالعتق وأكذبته، فإن ثبت خلوته بها؛ صدق مع يمينه، وإلا صدقت دون يمين.

اللخمي: إن اتفقا على المسيس، وادعت الإكراه، وزوجها الطوع؛ صدق مع يمينه.

ابن بشير: إن وطئها بعد عتقها قبل علمها به؛ لم يسقط خيارها اتفاقًا، ولو وطئها بعد علمها به، وقالت: جهلت أن لي الخيار فطرق:

اللخمي: في تصديقها روايتان لابن عبد الحكم ولها، والأولى أحسن؛ لأنه لا يعرفه إلا العلماء، وقد قال: من وطئ زوجته بعد طلاقها ثلاثًا، وادعى الجهل؛ لم يحد، وحرمة المثلثة أشهر من خيار الأمة.

قُلتُ: الحد يدرأ بالشبهة.

ابن محرز: القياس أن تعذر بجهلها، ووجه المشهور قوله ﷺ لبريرة: **«لك الخيار ما لم يطأك»**(1).

المازري: معروف المذهب سقوط خيارها.

وقال بعض أصحابنا: هذا بناء على أنها ادعت ما لا يشبه؛ لاشتهار الحكم بالخيار عند الإماء، ولو كانت ممن يتبين جهلها به؛ كحديث عهد بسبي جرت على القولين فيمن زنى جاهلاً بحرمة الزنا هل يحد أم لا؟.

(1) أخرجه البخاري: 9 / 356 و357 في الطلاق، باب لا يكون بيع الأمة طلاقًا، وفي النكاح، باب الحرة تحت العبد، وفي الأطعمة، باب الأدم، وفي العتق، باب بيع الولاء وهبته، وفي الفرائض، باب إذا أسلم على يديه، وباب ما يرث النساء من الولاء، وباب الولاء لمن أعتق، وميراث اللقيط، وباب ميراث السائبة، ومسلم رقم: (1504) في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، والموطأ: 562/2 في الطلاق، باب ما جاء في الخيار، وأبو داود: رقم: (2233) و(2235) و(2236) في الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد، وباب من قال: كان حرًا، وباب حتى متى يكون لها الخيار، والترمذي: رقم (1154) و(1155) في الرضاع، باب ما جاء في المرأة تعتق ولها زوج، والنسائي: 6/ 162 و163 في الطلاق، باب خيار الأمة، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر.

والصحيح: إن لم يثبت أثر بسقوط خيارها مع جهلها بقاء خيارها؛ لأن من ثبت له حق؛ لم يسقط إلا بنص أو فعل يقوم مقامه، فتمكين العالمة كنصها، وتمكين الجاهلة لا دلالة له، ومثله لابن بشير قائلاً: علل ابن القُصَّار سقوط خيارها بشهرة حكم التخيير بالمدينة، وعليه تكلم مالك.

قُلتُ: ظاهر كلام اللخمي وابن القُصَّار: أن متعلق الخلاف هو تصديقها في الجهل بالحكم وعدمه، وظاهر قول المازري، والصحيح: إن لم يثبت أثر بسقوط خيارها مع جهلها بقاؤه إلى آخر كلامه أن متعلق الخلاف هو سقوط خيارها في حالة جهلها وثبوته فيها، وإلا كان استدلالاً منه في غير محل النزاع، وصحة الطريقين تثبت تعلق الخلاف بالأمرين، وللمسألة ذكر في عدد ما لا يعذر فيه بالجهل مذكورًا في كتاب التخيير والتمليك.

الشيخ: روى محمد: إن بيع زوجها قبل عتقها بأرض غربة، فظنت أن ذلك طلاق، ثم عتقت، فلم تختر نفسها حتى عتق زوجها؛ فلا خيار لها.

قُلتُ: في جري الشاذ في هذه نظر، والأظهر عدمه.

الشيخ عن محمد: إن عتقت وزوجها قريب الغيبة؛ كتب له خوف تقدم عتقه، فلو اختارت قبل ذلك؛ لزم، ولا حجة لزوجها، ولو عتق في عدتها، ولو بعدت غيبته حتى يضرها انتظاره؛ فهي كمن أسلمت وزوجها الكافر بعيد الغيبة.

اللخمي: إن عتقت في غيبة زوجها، فاختارت نفسها، ثم ثبت عتقه قبلها؛ فهو أحق بها ما لم تتزوج، وفي فوتها بالتزويج أو الدخول ثالثها: لا تفوت به.

الشيخ عن ابن حبيب عن أَصْبَغ: إن عتقت، فاختارت نفسها، ثم تزوجت، وثبت عتق زوجها قبلها وهو حاضر؛ فهو أحق بها، وإن دخلت، وإن كان غائبًا؛ لم يكن أحق بها إلا أن يدركها.

قُلتُ: الأظهر العكس.

اللخمي: إن علمت بعتقها قبل بنائه بها بعده؛ فلها الأكثر من المسمى، ومهر المثل على أنها حرة، وإن كان العقد فاسدًا؛ فمهر مثلها حرة اتفاقًا.

الشيخ عن ابن حبيب عن أَصْبَغ عن ابن القاسم: إن عتقت تحت عبد، وقد أراد

لعانها قبل بنائه بها إن اختارت نفسها قبل اللعان؛ فلا شيء لها من المهر، وإن اختارتها بعده؛ فلها نصفه.

وله عن الموازيَّة: إن كان الزوجان نصرانيين لمسلم فعتقت؛ فلها الخيار.

وقال ابن عبد الحَكم: أحب إلي أن يحكم لها بحكم الإسلام، وقاله أَصْبَغ، وذكرها سَحنون عنه، وزاد: وكذا لو كان السيد نصرانيًا.

وقال سَحنون: إن كان نصرانيًا؛ لم أعرض لهما.

قُلتُ: هذا الجاري على المذهب في عتق الكافر وطلاقه.

التنازع في الزوجية ودعوى النكاح على منكره دون شاهد في سقوطها ولزوم يمين المنكر كغير النكاح ثالثها: إن كانت بين طارئين لمعروف المذهب، ونقل حكاية المتيطي، نقل ابن الهندي قائلاً: لما روي أشبه شيء بالبيع النكاح وقول ابن حارث: اتفقوا على لغو دعوى النكاح اتفاقًا مجملاً، فسره سَحنون بقوله: إن كانا طارئين؛ وجبت الأيمان بينهما، وقول ابن عبد السلام: قول غير واحد: الدعوى في الطارئين متوجهة؛ لأنهما لو تصادقا على النكاح صدقا فيه نظرٌ؛ لأن مراد أهل المذهب بتصديق الطارئين إنما هو إذا قدما مجتمعين مردود بنقل اللخمي في ترجمة الصداق بين النصرانيين في النكاح الثالث ما نصه: لو طرأت امرأة، ثم طرأ رجل ادعى نكاحها، فأقرت له؛ صدقا، ويأتي نحوه لابن رُشْد: وكانت نزلت بتونس عام بضع وأربعين وسبعمائة، وكان قاضي الجماعة بها، فبحث عن المسألة، وقضى فيها بنقل اللخمي قاضي الأنكحة يومئذ الشيخ الفقيه أبو محمد الأجمي بموافقته لهز

وسمع يحيى ابن القاسم: من زوجه امرأة وليها، وأشهد له، ثم أنكرت علمها ذلك ورضاها، إن كان الإشهاد ظاهرًا، وإطعام الوليمة، واشتهار الأمر في دارها أو حيث يرى أنها تسمعه وتعلمه أحلفت: ما وكلته، ولا فوضت إليه ذلك، وما ظننت ما كان من لعب وطعام إلا لغير وليمتي، فإن نكلت؛ لزمها النكاح، وإن كان الإشهاد بحيث يرى أنها لم تقارب علمه ككونه بالمسجد وشبهه؛ فلا يمين عليها.

ابن رُشْد: قيل: لا يمين عليها بحال؛ لأنها لو نكلت؛ لم يلزمها، وقيل: تحلف رجاء أن تقر، فإن نكلت؛ لم يلزمها نكاح، وتقسيمه في السماع قول ثالث.

وقوله فيه: إن نكلت؛ لزمها النكاح؛ يريد: مع يمين الزوج إن حقق عليها الدعوى، وإلا فعلى الخلاف في رجوع يمين التهمة.

وسمع ابن القاسم: من زوج أخته وهي بنت عشر سنين ابن عمها ولها أم، فأقام زوجها معهم يحوز مال امرأته، ويقوم به، ثم طلب الدخول بالجارية، فقال أخوها: لا زوجة لك؛ لأن أختي لم تكن رضيت ولا أعلمناها، فأنكرت الجارية أن تكون رضيت إن كانت للزوجة بينة على رضاها، وإلا حلفت هي وأخوها على ذلك، وفرق بينهما.

ابن رُشْد: إيجابه يمينها رجاء أن تقر بالنكاح، فإن حلفت؛ سقط عنها النكاح، وإن نكلت؛ لم يلزمها، قاله مالك في المبسوط؛ ومعناه: إن كانت بلغت، وقيل: لا يمين عليها؛ لأنها إن نكلت؛ لم يلزمها نكاح، حكى القولين ابن حبيب.

وفي رواية يحيى: فذكر ما تقدم قال: ولا وجه لإيجابه يمين الأخ؛ لأنه مقر بالتزويج، وإنما يجب حلفه إن أنكر معها التزويج، فإن حلف أحدهما؛ سقط النكاح، وإن نكلا؛ لم يلزمها؛ لأن حلفهما رجاء أن يقرا.

ولو أقام المدعي منهما شاهدًا؛ ففي لغوه، وثبوت دعوى مقيمه مع يمينه ثالثها: يجب حلفه إن نكل، فإن كانت؛ فلا شيء لها ولا حبس، وإن كان الزوج؛ غرم نصف المهر لنقل المتيطي عن مالك وجميع أصحابه.

وعن ابن القاسم في الموازيَّة حاكيًا قول القاضي: إن نكل؛ جرى على اختلاف قول مالك في دعوى الطلاق مع الشاهد، ونقل ابن شاس.

وفيها: في كتاب الأيمان بالطلاق: من ادعى نكاح امرأة فأنكرته؛ فلا يمين له عليها، وإن أقام شاهدًا، ولا تحبس ولا يثبت نكاح إلا بشاهدين.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من ادعى نكاح امرأة تحت زوج، وأقام شاهدًا واحدًا أنه تزوجها قبله عزل عنها زوجها إن كان ما يدعي قريبًا لا شهادة بعيدة، وقاله أَصْبَغ.

ابن رُشْد: هذا صحيح على ما في المدَوَّنة والموازيَّة والواضحة من وجوب توقيف العرض المدعى فيه بشاهد واحد.

قال عبد الملك في الواضحة: لا يعزل بدعواه حتى تقيم شاهدًا عدلاً.

قال محمد: فإن لم يصح له شاهدًا آخر، أو كان ذلك بعيدًا؛ فلا شيء على الزوجة

ولا الزوج.

ابن رُشْد: لأنهما لو أقرا أو أحدهما بدعواه النكاح؛ لم ينتفع بذلك.

ولو لم تكن المرأة تحت زوج، وادعى رجل نكاحها وهما طارئان، وعجز عن إثبات ذلك؛ لزمها اليمين؛ لأنها لو أقرت له بدعواه النكاح كانا زوجين، وقيل: لا يمين عليها؛ لأنها لو نكلت؛ لم يلزمها نكاح، وهذا على الخلاف فيمن زوجها وليها، فأنكرت أن تكون علمت، لا فرق بين المسألتين؛ لثبوت النكاح بإقرار الزوجة، وكان القياس إن نكلت في المسألتين أن يحلف الزوج، ويجب له النكاح إلا أن ذلك لا يوجد لهم نصًا، وقد ألزمها النكاح بالنكول في آخر سماع يحيى: إذا كان ثم سبب يدل على علمها به، وقد مضى القول فيه.

قُلتُ: الذي مضى له أنه لا يثبت النكاح بمجرد نكولها؛ بل حتى يحلف الزوج، وظاهر قوله هنا ثبوته بمجرد نكولها.

المتيطي: إن أتى المدعي ببينة سماع فاش من أهل العدل، وغيرهم على نكاحه، وشهرته بالدف والدخان؛ ثبت بينهما، هذا المشهور المعمول به.

وقال أبو عمران: إنما تجوز شهادة السماع في النكاح: إن اتفق الزوجان على ذلك، وإن أنكر الآخر؛ فلا.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من ادعى نكاح امرأة، فأنكرته، وادعى بينة بعيدة لا تنتظره إلا أن تكون بينة قريبة لا تضر بالمرأة، ويرى الإمام لما ادعاه وجهًا، فإن عجزه، ثم أتى ببينة، وقد نكحت المرأة أولاً؛ فقد مضى الحكم.

ابن رُشْد: قوله: لا يقبل منه بعد تعجيزه بينة خلاف سماع أَصْبَغ من كتاب الصدقات وظاهر المدَوَّنة؛ إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب والمطلوب، وقال: يقبل منه القاضي ما أتى به بعد تعجيزه إن كان طالبًا أو مطلوبًا، وفرق ابن الماجِشُون بين أن يعجزه في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل، وبين أن يعجز بعد أن وجب عليه عمل، ثم رجع عليه، ففي تعجيز المطلوب قولان، وفي تعجيز الطالب ثلاثة، قيل: هذا في القاضي الحاكم لا من بعده من الحكام، وقيل: فيهما، والخلاف إنما هو إن عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وإن عجزه بعد التلوم والإعذار، وهو يدعي حجة لم

يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة؛ لأنه رد من قوله: قبل نفوذ الحكم عليه.

قال ابن عبد السلام: التعجيز في النكاح مشكل؛ لأنه يتضمن حقًا لله في لحوق الولد وغير ذلك.

قُلتُ: لما حكى ابن سهل القول بالتعجيز قال: إلا في ثلاثة: العتق والطلاق والنسب، قاله مُطَرِّف، وابن وَهْب، وأشهب، وابن القاسم.

قال ابن سهل: وشبهها الحبس وطريق العامة، وليس النكاح منها لما في سماع أَصْبَغ، وبالتعجيز فيه أفتى ابن لبابة، وابن وليد، ومحمد بن غالب، ومحمد بن عبد العزيز، وأيوب بن سليم، وأحمد بن يحيى، وأشار إلى استدلالهم بسماع أَصْبَغ.

قال ابن سهل: ولا يضرب فيه من الآجال ما يضرب في الحقوق لما في عقل الفروج من الضرر الذي ليس في الأموال.

قُلتُ: فقوله: لا يضرب فيه من الآجال ما يضرب في الحقوق، عكس استشكال ابن عبد السلام التعجيز فيه، وجوابه: أن منع التعجيز؛ إنما هو فيما ليس للمكلف إسقاطه بعد تقرر ثبوته، والنكاح ليس من ذلك للمكلف إسقاطه إجماعًا وأحكامه، والولد الممتنع إسقاطها؛ إنما هو بعد ثبوتها، والتعجيز إنما يتعلق بما فيه الخصومة، والنزاع وهو النكاح نفسه لا أحكامه. فتأمله.

وسمع يحيى ابن القاسم: من ادعت في ميت أنه زوجها ببينة على إقراره في صحته أنها امرأته كان أصدقها كذا، ولم تشهد البينة بإقرارها بذلك في حياته إن كانت في ملكه، وتحت حجابه قبل قولها، وإن كانت منقطعة عنه بمسكنها؛ فلا مهر لها ولا إرث؛ إذ لو ماتت؛ لم يرثه بذلك الإقرار حتى يعرف إقرارها بمثل ما ادعاه مع شهرة ذلك وإعلانه، وتقادم ادعائه ذلك، ولو ادعت كونها في عياله ببينة على إقراره أن له امرأة لم يسمها ولا عرفوها، ولا ادعى زوجيته غيرها؛ فلا إرث لها؛ لأنها شهادة غير قاطعة.

ابن رُشْد: لثباته إرثها بإقراره، وكونها في ملكه؛ لأن ذلك كإقرارها بنكاحه، ولو ماتت لورثها على سماع عيسى فيمن ابتاع جارية، فولدت منه أولادًا، فكان يخبر الناس أنه تزوجها، ويحلف بطلاقها، وقيل: إنما ثبت إرثها لظهور الولد بعد إقراره بنكاحها، ولو لم يكن ولد؛ لم ترثه بكونها تحت حجابه؛ لأنها على ذلك بأصل الملك، ولو تقارا

بالزوجية معًا، ولم تكن في ملكه، ولا تحت حجابه؛ ففي ثبوت نكاحها بذلك، وعدمه قولان لابن القاسم في هذه الرواية مع سماع يحيى ابن وَهْب، وسماعه ابن القاسم مع أشهب: لا يثبت إلا ببينة، ويصح للشاهد أن يشهد بالقطع عليه من ناحية السماع إذا حصل العلم به؛ لكثرته وتواتره على ما في سماع أبي زيد ونوازل سَحنون.

وفي سماع ابن القاسم: روى أشهب وابن نافع: الجارية ينكحها أخوها، فيموت زوجها فيقول ورثته: أقيموا البينة أنها كانت رضيت تسأل إن كانت رضيت.

ابن رُشْد: القول قولها مع يمينها أنها رضيت، فإن نكلت؛ حلف الورثة إن حققوا دعوى أنها لم ترض، وسقط إرثها، واختلف إن لم يحققوا في وجوب يمينها، وفي وجوب ردها إن نكلت.

وفي سماع أشهب: ابن القاسم قال لي أشهب وابن وَهْب: من أقام بينة أنه تزوج امرأة وهي تجحد، وأقامت أختها بينة أنه تزوجها، وهو ينكر، ولم توقت البينتان؛ فسخ النكاحان تكافأتا في العدالة أو لا، شهدتا بالدخول أو لا، وللمدخول بها مهرها.

ابن رُشْد: لأن أحد النكاحين فاسد بكل حال، فلما جهل؛ وجب فسخهما بطلاق، ولا عدة ولا مهر لمن لم يبن بها، وإن ماتت التي أقام البينة أنه تزوجها قبل الفسخ؛ فله نصف ميراثها؛ لنزاعه فيه مع وارثها، يقول: هي زوجتي، ويقول الوارث: بل الأخرى؛ ونكاح هذه فاسد، وإن شك الوارث في ذلك؛ حلف مدعي الزوجية، واستقل بالإرث، وقيل: لا إرث له منها لعدم اليقين، وإن ماتت قبل الفسخ؛ فلمن ادعى نكاحها مهرها والإرث؛ لتيقن إرث إحداهما ادعته إحداهما، وأنكرته الأخرى؛ فلا إرث لها ولا مهر إن لم يبن بها، وتعتد كل واحدة أربعة أشهر وعشرًا إن لم يبن بها، وأقصى الأجلين إن بنى.

ومن ادعت نكاح ميت بشاهد واحد؛ ففي ثبوت إرثها به مع يمينها ثالثها: الوقف للخمي عن ابن القاسم وأشهب وابن شاس عن أَصْبَغ قائلاً: بناء على ما ليس بمال يئول إليه.

قُلتُ: نحوها قول ولائها: من مات عن ابنتين شهدتا لمدعي ولاء أبيهما بعد موته، وهما عدلتان؛ حلف وورث الثلث.

وقال غيره: لا يحلف ولا إرث له؛ لأن شهادته بالعتق لا تجوز.

ابن شاس: من أقر في صحته بزوجة، ثم مات، فإن كانا طارئين، أو كان معها ولد أقر به ورثته مطلقًا، وإلا ففي ذلك خلاف، واختصره ابن الحاجب فقال: وتورث بإقرار الزوج الطارئ، وفي غيره قولان، وقبله ابن عبد السلام دون تقييد، وقول الثلاثة خلاف ما تقدم من سماع يحيى: أن ذلك مقيد بشهرة ذلك وإعلانه، وتقادم ادعائه ذلك.

ابن شاس: ولو أقر بوارث غير الزوجة جرى على الخلاف في إقراره بالزوجة حيث لا ولد بناء على أن الإقرار بهما كإقرار بمال أو لا؟.

قُلتُ: عبر عنه ابن الحاجب بقوله: وفي الإقرار بوارث غير الزوج والولد قولان، فقال ابن عبد السلام: أراد في إقرار المرأة بوارث ليس زوجًا، ولا ولدًا قولان، أما إقرارها بزوج؛ فلا يصح لما تقدم، وبالولد قالوا: لا يصح؛ لأنه استلحاق، ولا يصح استلحاق غير الأب، وفيمن عدا هذا من القرابة قولان، فإن أراد هذا؛ فلا معنى لفرض المسألة في إقرار المرأة خاصة؛ لأن الخلاف أيضًا في إقرار الرجل بأخ أو ابن عم.

قُلتُ: تعقبه عليه فرض المسألة في إقرار الزوجة إلى آخره وهمٌ؛ لأن ابن الحاجب لم يقل: وفي إقرار الزوجة، إنما قال: وفي الإقرار؛ وهو عام في إقرار الزوجة وغيرها أو أعم إن لم تكن (أل) للعموم، فحمله هو على الزوجة، وتعقبه عليه كمن رمى بريئًا وحده، وتقدم نحو هذا في قوله: والجاري كالكثير إذا كان المجموع كثيرًا، والتمسك في حمله هو على المرأة بقوله: بوارث غير الزوج لا يتم؛ لأن لفظ الزوج ليس خاصًا بالرجل؛ بل يصدق على المرأة صدقا غير شاذ.

الشيخ عن ابن سَحنون: إقرار أبوي غير بالغين بنكاحهما يلزمهما إياه، وإقرار سيد الأمة بنكاحها يلزمها بخلاف سيد العبد.

قُلتُ: أصل المذهب في جبره يوجب إلزامه، والفرق بجواز مباشرته العقد دون غير البالغ والأمة لغو.

قال: وإن قال: ألم أتزوجك أمس، أو ما تزوجتك أمس، فقالت: بلى، ثم جحد؛ فهو إقرار منه، وإن قال: قد تزوجتك أمس فأنكرت، ثم قالت: بلى قد تزوجتني، فقال:

ما تزوجتك؛ لم يلزمه، وقال غيرنا: يلزمه، وإن قالت له: طلقني أوخالعني وهما طارئان، فإقرار منها بالزوجية، وكذا لو قال الزوج: اختلعت مني.

ابن عبد الحَكم: قولها: خالعني أو راجعني من طلاقك إياي، إقرارٌ منها.

ابن سَحنون: وقوله: اختاري أو أمرك بيدك؛ إقرارٌ.

وقوله: أنت علي حرام أو بائنة أو بتة؛ فليس بإقرار؛ لأن الأجنبية كذلك إلا أن تسأله الطلاق، فيجيبها بذلك فإقرارٌ، وكذا أنا منك مول؛ بخلاف أنت علي كظهر أمي.

وقوله: أنا منك مظاهر، أو أنت علي كظهر أمي إن وطئتك أو دخلت دار فلان؛ إقرارٌ، وقولها -وهما طارئان -: خالعتني أمس، وأنت مظاهر أو مول مني، أو هذا ابني منك؛ فصدقها، أو قاله فصدقته إقرارٌ.

ابن عبد الحَكم: قولها: (ما أنفقت علي كما ينفق على الزوجات، أو أجر على ولدك مني هذا النفقة، أو اجعل لي طلاق نفسي منك) إقرارٌ، ولو قال: تزوجتك قبل أن أولد؛ لم يلزمه في قولنا وقول أبي حنيفة، وهذا يدل أن اللعب في النكاح لا يلزم.

قُلتُ: إجراؤه عليه يوجد فيه قولا بلزومه، والحق أنه لا يدل على أن اللعب في النكاح لا يلزم؛ لأن هذا لعب في الإقرار بالنكاح لا نكاح لعب، والفرق بينهما واضح كوضوحه بين الإقرار بالنكاح والنكاح الثابت.

وفي كتاب ابن سَحنون: لو قال: تزوجتها بعد عدتها، وقالت: فيها؛ فالقول قوله، ولو قال: بعد أن أسلمت - وكانت مجوسية وهو مسلم - وقالت: قبل أن أسلم؛ فالقول قوله، وقال محمد بن عبد الحَكم: القول قولها أنها كانت مجوسية.

قُلتُ: وعليهما لو قال: بعد أن عتقت؛ وقالت: قبله.

ابن سَحنون: لو قال في يتيمة بعد أن بلغت وقالت: قبله، فرجع سَحنون عن قبول قولها لقبول قوله.

ابن سَحنون: لو قال: تزوجتك وأختك في عقد واحد.

ابن عبد الحَكم: أو قال: وأختك عندي؛ وقالت: تزوجتني وحدي، ولم تكن عندك أختي فسخ لإقراره بفساده، وعليه نصف المسمى إن لم يبن، وإن لم يسم؛ فلا

شيء عليه.

ابن عبد الحَكم: لها المتعة.

ابن سَحنون: وإن بنى؛ لم يصدق في إبطال الطلاق والسكنى، وكذا إن قال: تزوجتها في عدة.

قُلتُ: كذا وجدته في نسخة عتيقة مصححة في إبطال الطلاق والسكنى وهو وهمٌ في السكنى لاقتضائه سقوطها، لو ثبت قوله: بيمينه، وليس كذلك، وتقدم نحوه لابن بشير، والرد عليه بثالث نص نكاحها: من نكح ذات محرم، ولم يعلم، ففرق بينهما بعد البناء؛ فلها السكنى؛ لأنها تعتد منه، وإن كان فسخًا.

الشيخ عن كتاب ابن سَحنون: من أقر في صحته بنكاح امرأة بمهر سماه وصدقته، ثم جحد وهما طارئان؛ لزمه، وإن كانا حاضرين؛ صح إن أقر به الولي، وأشهدا إن لم يعترفا بالوطء وإلا حدا، ولو مات قبل ادعائها، ولم يبن صدقت إن أقر به الولي وورثته، ولو أقر بذلك في مرضه، فإن كانا طارئين؛ صدق في النكاح مطلقًا، وفي المهر إن ورثه ولد، وكان مهر مثلها، ولو كانا حاضرين، وصدقها الولي؛ بطل ولا إرث ولا مهر، وإقرارها مثله في الجميع إلا سقوط المهر إن كان صحيحًا، ولو قال: تزوجتها ببينة، وقالت: بغير بينة؛ وعجز هو عن البينة، وصدقها الولي؛ صح وأشهدا، ولو أقرا بالبناء حدا إن عجزا عن البينة.

قُلتُ: هذا خلاف سماع عيسى ابن القاسم: من تعلق بها رجلان كل يدعيها زوجة، وزعمت أنهما زوجاها، وأن أولهما أجاعها وضربها، فهربت وظنت أن ذلك فراقه، فتزوجها الآخر، وأنه طلقها فسأل الأول البينة إن أقامها؛ ردت إليه بعد حلفه ما طلقها، ولا صالحها ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض، وإلا فرق بينهما، وتنكح من أحبت منهما.

ابن رُشْد: معنى المسألة: أنها ليست في ملك أحدهما وتحت حجابه، وقوله: يسأل الأول البينة؛ تحتمل أنه الذي أقرت أنه أول أو الأول على دعوى الرجلين كقول أحدهما: تزوجها في محرم عام كذا، ويقول الآخر: في رجبه ولا أعلم فيها نكاحًا قبلي؛ والأول أظهر، وإنما حلف الأول مع بينته، ولم تدع امرأته طلاقه؛ لبينونتها بنفسها عنه،

ومصيرها إلى غيره على ما زعمت شبهة على طلاقها لعلها أقوى من الشاهد الواحد، ويمين الثاني لدعواها طلاقه مع كونها خارجة عن حوزه، وكذا يقول على هذا: لو انتقلت امرأة عن زوجها، وبانت بنفسها، ولم يظهر منه إنكار حتى طال الأمر، وأرادت التزويج، وزعمت أنه طلقها؛ لزمته اليمين، وإن لم تقم شاهدًا، ولو أقام كل منهما بينة ولم تؤرخا؛ لم يكن لواحد منهما نكاح إن كانتا عدلتين، وإن كانت إحداهما أعدل، ولو كانت في ملك أحدهما وعياله، وتحت حجابه، وهما طارئان أو مقران بالنكاح مع شهرة ذلك، وإعلانه كانت البينة على الآخر، فإن عجز؛ ثبتت لمن هي في ملكه دون يمين عليه على ما في سماع يحيى.

وسمع عيسى ابن القاسم: من تعلقت برجل زعمت أنه زوجها، وأن نبطية زوجتها منه، وادعت بشهود، فجحد الشهود ما ادعت إن أقرا بالدخول؛ أحسن أدبهما وفرق بينهما ولو دخل؛ لأنه لو ثبتت لها بينة؛ كان نكاحهما حرامًا، ومنعني أن أعاقب في المسألة الأولى أن ذلك أمر طال عسى الشهود أن يكونوا ماتوا أو غابوا.

ابن رُشْد: إنما لم يحدهما لإظهارهما الأمر قبل العثور عليهما، ولو أخذا في بيت فأقرا بالوطء، وادعيا الزوجية؛ حدا إن لم يأتيا ببينة على ما في قذفها ورجمها، ولو لم يقرا بالوطء، ولا شهد به عليهما؛ أدبا ولم يحدا، وعليه محمل ما في نكاحها الأول، ويحتمل سقوطه لشهادة الأب والأخ: أن الأب زوجها إياه فرآه شبهة؛ ويريد بالمسألة الأولى التي قبلها؛ لأن كلا من الزوجين أقر بالبناء بالمرأة، وادعى أنها زوجته، فلم ير على من عجز عن البينة حدا؛ لأنه أقر طائعًا بأمر لا ريبة فيه، ولا رأى عليه؛ أدبا لما ذكر من طول الأمر.

قُلتُ: ظاهر ما نقله الشيخ عن كتاب ابن سَحنون: إن جحد من صدق دعوى امرأة نكاحه وهما طارئان أنه لا يعد طلاقًا منه.

وقال المتيطي: من ادعت نكاح رجل، وأقامت عليه بينة، وهو ينكرها، وعجز عن دفعها؛ لزمه النكاح والنفقة، ولا ينحل نكاحه إلا بطلاق، فلو أبى الدخول؛ عزم عليه فيه أو الطلاق، إن طلق؛ لزمه نصف المهر الذي شهدت به البينة، فإن أبى البناء والطلاق.

قال ابن الهندي: كان بعض من أخذت عنه يقول: يطلق السلطان عليه بعد أربعة أشهر من وقت إبايته كالمولي؛ لأنه مضار، ويغرم نصف المهر.

المتيطي: لم يجعل ابن الهندي ولا ابن العطار ولا غيرهما من الموثقين فيما أعلم إنكار الزوج النكاح طلاقًا، ولا شك أنه أصل مختلف فيه.

قال أَصْبَغ في الواضحة: من قال لأب: أنكحتني فلانة، وقال الأب: بل فلانة؛ فسخ ولا أيمان بينهما، وإن رجع أحدهما لتصديق صاحبه؛ لم يقبل منه، وغرم الزوج نصف مهر كل واحدة الأولى بإقراره، والثانية برجوعه لها.

واختلف في مسألة الابن الذي زوجه أبوه وهو ساكت هل نكوله طلاق أم لا؟.

وفي العتبيَّة ما ظاهره لزوم النكاح، ونحوه لأَصْبَغ في النوادر عن أشهب.

ولابن زَرْب: إن أنكح وصي يتيمته من رجل، فأنكر الناكح، فقال له القاضي: طلقها، فقال: كيف أطلق من لم أنكح؟.

قال له: ولعلك فعلت، فطلاقك خير لك ولها؛ فلم ير الإنكار طلاقًا.

قال: وفي رسم العزبة وسماع عيسى من رواية أَصْبَغ عن ابن القاسم: من قال في جارية بيده: اشتريتها، وقال سيدها: بل تزوجتها؛ تحالفا وتفاسخا، ولا تكون زوجة ولا أم ولد، وترجع الأمة لسيدها؛ لأن المشتري أقر بأنها ليست له بزوجة؛ فهو كمطلق، وادعى أنها أمته ولا بينة له.

ابن زَرْب: قوله: هو كمطلق؛ ليس على أصولهم، وليس إنكاره طلاقًا، واختلف أيضًا في نكاح الهزل فقال الشيخ أبو الحسن: إذا لم يقم عليه دليل؛ لزم الزوج نصف المهر، ولم يمكن من الزوجة لإقراره أن لا نكاح بينهما.

وقال أبو عمران: يمكن منها ولا يضر إنكاره.

قُلتُ: هذا هو الحق؛ لأن العدم اللاحق مباين للعدم السابق كعدم العالم السابق هو ثابت في الأزل؛ لانتفاء نقيضه وعدمه اللاحق حادث؛ لأنه بعد وجوده الحادث، إذا ثبت هذا؛ فالطلاق شرعًا إنما هو من باب العدم اللاحق، وهو رفع العصمة، أو بعض أجزائها، وإنكار النكاح من باب العدم السابق؛ فهما متباينان، والمباين لا يستلزم مباينه بل ينافيه، وما أشار إليه في رسم العزبة هو سماع عيسى في كتاب الدعوى والصلح إثر

سماعه رواية ابن القاسم: من طلب ثمن جارية بيد من ولدت منه، وزعم أنه باعها منه فقال من هي بيده: لم أشترها؛ بل زوجتنيها، إن كان ممن لا يتزوج الإماء لشرفه وماله؛ غرم ثمنها، وإن كان ممن يتزوجها قبل قوله: وتركت؛ له يطؤها؛ لأنها حلال له زوجته، أو أم ولده لإقرار خصمه أنها ولدت منه بابتياع، ولو لم يكن ولد حلف أنه صادق، وفسخ النكاح، وأخذ الجارية ربها.

وقال سَحنون وأَصْبَغ: رب الجارية أقر أنها أم ولد؛ فولدها أحرار، وادعى مالاً؛ فلا يثبت له إلا ببينة، فتوقف الجارية، وتنفق على نفسها، فيأخذ ربها من تركتها ثمنها، ويوقف باقيها حتى يقر من هي بيده بشرائها فيأخذه.

قال: فإن مات من ادعى نكاحها قبلها؛ كانت حرة لإقرار ربها أنها أم ولد، فإن ماتت بعد ذلك؛ فمالها لورثة من أقر ربها أنه باعها منه.

ابن رُشْد: قوله: إن كان ممن لا يتزوج الإماء غرم ثمنها؛ معناه: أن القول قول رب الجارية مع يمينه إن كان ما ادعاه من الثمن يشبه، وإن لم يشبه؛ تحالفا وغرم قيمتها يحلف ربها لقد باعها منه بما ادعى؛ ليحقق عليه شراءها، ويحلف الآخر لقد تزوجها، وما اشتراها؛ ليسقط عنه ما زاد على قيمتها.

وقيل: لا يصدق ربها فيما ادعاه من الثمن، وإن أشبه إن كان أكثر من قيمتها، وهو الآتي على قول الغير في الجعل والإجارة منها: فعليه يحلف ربها لقد باعها منه بالثمن الذي ادعاه؛ ليحقق الشراء، ويحلف الآخر ما اشتراها، وإنما تزوجها؛ ليسقط ما زاد على قيمتها.

وقوله: إن كان ممن يتزوج الإماء قبل قوله؛ معناه: في تكذيب رب الجارية أنه باعها منه لا في أنه تزوجها؛ لأنه في ذلك مدع، وإن زاد في يمينه: (ولقد تزوجها منه) تحقيقًا لدعواه عند من سمعه؛ لم يثبت بذلك زوجيتها؛ لأنها لو لم تلد حلف أنه صادق في دعواه أنه تزوجها، وما اشتراها، ويحلف ربها لقد باعها منه، وما زوجها منه، ويفسخ النكاح والبيع، ويأخذ الجارية ربها.

وقول سَحنون: إن ولدت؛ وقفت حتى تموت؛ أظهر من قول مالك؛ لأن كل واحد من المتنازعين مدع على صاحبه، وقد أبطل صاحبه دعواه عنه بيمينه، فلم يثبت

كونها زوجة ولا أم ولد.

وضعف ابن دحون قول سَحنون بأن الأمة لا تخلو عن كونها زوجة على دعوى من هي بيده أو أم ولد على دعوى ربها؛ فهي مباحة له؛ لأنه لو قال رجل: كنت أولدت إمائي كلهن، وتزوجتهن كلهن إلا واحدة لا أدري هل هي زوجة أو أم ولد؟ لم يمنع من وطئها؛ لأنه حلال على أي وجه كانت.

ابن رُشْد: تضعيف ابن دحون ضعيف؛ لأن الشراء والتزويج لم يصحا، وانفسخا بيمين كل منهما على تكذيب صاحبه؛ فلا يصح لحاكم أن يقرها بيد من هي بيده بدعواه تزويجها لانفساخه ليمين ربها، ولا بما أقر به ربه لانفساخه بيمين من هي بيده، ولاحتمال كذبهما معًا، وما نظرها به ابن دحون لا يشبهها؛ لأن من شك في المرأة هل هي زوجة أو أم ولد؟ لا شك في حليتها له، والحاكم في مسألتنا يشك في حليتها؛ لاحتمال كذبهما كما قررناه، وقول سَحنون: الولد أحرار مفسر لقول مالك.

قُلتُ: هذا يضعف قول ابن رُشْد، ويصحح قول ابن دحون؛ لأن الحكم بحرية الولد؛ حكم بلازم الدعويين، وإلا لزم رقه؛ لأن أمه أمة، فكما حكم بلازمهما في الولد، فكذا في حلية وطئها من هي بيده.

قال: وقوله: نفقته عليها صحيح، فإن عجزت؛ أنفقا عليها أو أعتقاها، ولا توقف بغير نفقة.

وقوله: إن ماتت؛ أخذ ربها من تركتها الثمن؛ صحيحٌ، لإقرار من هي بيده أن جميع تركتها لربها، وباقيها موقوف من كذب منهما نفسه أولا، ورجع لقول صاحبه أخذه.

وقول أَصْبَغ: إن مات من ادعى تزويج الأمة قبلها؛ عتقت صحيح لإقرار ربها أنها أم ولد له، وكذا قوله: إن ماتت بعد ذلك لا يكون لربها من مالها شيء؛ لأنها ماتت حرة، فيرثها عصبتها الذين يرثون ولاءها لإقرار سيدها أنها أم ولد، ولا حق له قبلهم، إنما حقه قبل الميت الذي ادعى أنه باعها منه.

قُلتُ: وفي الرسم المذكور مسألة إثر هذه المسألة هي: قال سَحنون: لو قال حائزها: اشتريتها، وقال ربها: زوجتكها؛ فالقول قوله، وولدها رقيق ينسب لأبيه.

أَصْبَغ عن ابن القاسم: يتحالفان ويتفاسخان وترد لربها، ولا تكون زوجة ولا أم ولد، والحائز بإقراره أنها ليست له زوجة كمطلق، والولد في الوجه الأول حر تبع لأبيه لا قيمة عليه فيه، وفي الوجه الثاني الذي قال: زوجتك؛ رقيقٌ.

ابن رُشْد: هذه عكس التي قبلها لا يقبل قول حائزها؛ لأنه مدع شراءها دون بينة، وولده رقيق ينسب إليه، ويفسخ النكاح لإنكاره تزويجها مع يمينه على ذلك، فترد لربها ولا يلزمه فيها طلاق؛ بل يكون عنده إن تزوجها على طلاق مبتدأ على ما قاله أَصْبَغ عن ابن القاسم: أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

وقوله: أنه كمطلق؛ يريد: أنه لا يصح له المقام عليها؛ لإنكاره نكاحها.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم لابن زَرْب من حمله على أنه طلاق.

ابن رُشْد: ولو لم تشبه دعوى ربها أنه زوجها منه؛ لكونه ليس مثله من يتزوج مثلها الإماء لشرفه وحاله موجب أن يكون القول قوله في دعواه الشراء، ويكون ولده حرًا على ما قاله مالك في المسألة التي قبلها.

الصداق

الأظهر أنه غير ركن في صحيح النكاح، وإسقاطه مناف له، فإمكان لزوم الصداق شرط في صحيح النكاح، ولا يرد بلزومه في نكاح التسمية؛ لأن اللزوم لعارض لا ينافي الإمكان الأصلي.

وقول ابن الحاجب وغيره: ركن؛ يرد بعدمه في نكاح تفويض وقع فيه طلاق أو موت قبل البناء؛ لأن ركن الأعم لا يوجد أخصه بدونه، فإن قيل: يمنع عدمه فيما ذكر، وسنده أن عدم الشيء في وقتٍ ما لا يدل على عدم تقدم وجوده؛ فعدمه في الطلاق والموت قبل البناء، كعدم أحد الزوجين بموته لحكم الشرع بإسقاطه بهما، كما أسقط نصف أقله المسمى بالطلاق وأبقى نصفه، وإن لم يكف في ركنيته، أجيب بأنه لو كان ثابتًا قبل في الطلاق والموت كالنصف الثاني في المسمى، أو كثبوت كله على قول لما صح قولها: لو استثنى من أعتق أمته قبل البناء مهرها؛ صح في نكاح التسمية، وبطل في التفويض قبل فرضه؛ إذ ليس بمال لها، فيشترطه، ولما ذكر ابن عبد السلام ما رددت به قول ابن الحاجب قال: والجواب أن عقد النكاح عقد معاوضة كل من العوضين فيه ركن، والصداق في النكاح أحد العوضين، ونكاح التفويض أحد تحكمات الشرع في الصداق، وتحكماته مألوفة في أركان النكاح عمومًا، وفي الصداق خصوصًا.

قُلتُ: فحاصل جوابه :أن الصداق ركن في مطلق النكاح؛ لأنه عقد معاوضة، وأنه في نكاح التفويض غير ركن، وإليه الإشارة بقوله: ونكاح التفويض أحد تحكمات الشرع، ومن تأمل هذا الكلام علم تنافيه؛ لأن كون الشيء ركنًا لمطلق ماهية غير ركن لأخصها متناف.

وأكثر المهر لا حد له، وقول عمر ورجوعه عنه؛ لإنصافه قصته فيه مشهورة.

أبو عمر: لم يختلفوا في أكثره لقوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: 20].

الباجي عن الجلاب: لا أحب الإغراق في كثرته.

قُلتُ: لحديث عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: **«من يمن المرأة تسهيل أمرها**

وتيسير أمرها وقلة صداقها».

قالت عائشة: **«وأنا أقول من عندي: ومن شؤمها تعسير أمرها وكثرة صداقها»**؛ أخرجه الحافظان الحاكم وابن حبان واللفظ له، وذكر الحاكم أنه على شرط مسلم[1].

وأقله: المشهور ربع دينار أو ثلاثة دراهم، أو ما قيمته أحدهما، وقيل: أو ما قيمته ثلاثة دراهم فقط.

اللخمي: هو كقول ابن القاسم في نصاب السرقة قال: ولابن وَهْب: يجوز بالدرهم والسوط والنعلين.

وعزا المتيطي الثاني لابن شعبان.

وزاد عن ابن وَهْب في الواضحة: يجوز بأدنى من درهمين، وبها تراضى عليه الأهلون.

وفي نكاحها الأول: لا يزوج الرجل عبده أمته إلا ببينة وصداق، ومن نكح بأقل من أقله؛ أتمه وإلا فسخ.

فيها: إن نكح بدرهمين، أو بما يساويهما، ولم يبن؛ أتم ثلاثة دراهم وإلا فسخ.

قُلتُ: لم أجزته؟.

قال: لأن من الناس من أجاز هذا الصداق، وفي لزوم نصف الدرهمين في فسخه نقلا الباجي عن محمد مع جماعة من أصحابنا، والجلاب مع التلباني، وجماعة من المتأخرين.

ابن محرز: صوب القابسي الأول، وابن الكاتب الثاني؛ لأنه فسخ يجبر، بخلاف لو طلق؛ لأنه بنفس اختياره، وكون الزوج قادرًا على إتمامه بتكميله كحاله في اختلافهما في المهر مع قدرته على إتمامه بتصديق منازعه.

المتيطي: صوب الأول غير واحد من القرويين.

وفيها إن بنى؛ أجبر على إتمامها.

---

(1) أخرجه ابن حبان في صحيحه، رقم (4095)، في ذكر البيان بأن تسهيل الأمر، وقلة الصداق من يمن المرأة، والحاكم في مستدركه، رقم: 2739.

قال بعض الرواة: لا يجوز قبل البناء، وإن أتم الزوج ربع دينار، فإن بنى؛ فلها مهر مثلها، والنكاح مفسوخ قبل البناء وبعده؛ لأنه كأنه تزوج بغير مهر.

وعزا الباجي الأول لأشهب وابن القاسم، والثاني لابن الماجِشُون، وفسر المتيطي بعض الرواة به، وقال إثر نقله قوله: يفسخ قبل البناء؛ زاد في رواية الدباغ: ويفسخ أيضًا بعد البناء، ولها صداق المثل كمن تزوج بغير صداق، وعلى هذه الرواية اختصر ابن أبي زَمَنَيْن، والبراذعي وغيرهما، وأسقطها ابن أبي زيد وغيره.

قُلتُ: ففي حمل قول الغير على الفسخ بعد البناء طريقان:

الثانية: نقل ابن رُشْد عنه.

وفيها: إن طلق قبل البناء؛ فلها نصف الدرهمين.

اللخمي: وعلى قول الغير لا شيء عليه.

قُلتُ: تقدم لابن الكاتب ما يرد تخريجه عليه، ونقله ابن بشير نصًا لا تخريجًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أعطته ثيب دنانير على أن يتزوجها إن زادها عليها ربع دينار؛ فلا بأس، ومن أعطته بكر ذلك؛ فسخ نكاحه قبل البناء إن لم يتم لها المهر، وإن بنى؛ لزمه مهر المثل، ثم رجع إلى ثبوته، وإن لم يبن، وعليه ما أصدقها من ماله.

ابن رُشْد: إن زاد الثيب ربع دينار؛ جاز النكاح؛ لأنها مالكة أمر نفسها، وإن زادها أقل من ربع دينار؛ كان كمن تزوج به، فذكر قول ابن القاسم فيها: وقول الغير معبرًا عنه بقوله: يفسخ قبل البناء.

وفي فسخه بعده كالموهوبة وثبوته بعده بمهر المثل كنكاح فاسد لمهره قولان:

والبكر قال ابن القاسم: إن أعطاها ما أصدقها من ماله قبل البناء؛ ثبت نكاحه وإلا فسخ، وإن بنى؛ صح ولزمه مهر المثل؛ لأنه لم يرض بالمسمى إلا لظنه إمضاء العطية، ثم رجع للزوم نكاحه بغرمه ما أصدقها لاستحقاقها إياه كمشتر عبدًا بمال أعطاه إياه، ولم يستثن ماله.

[باب شروط الصداق]

وشرطه: كونه منتفعًا به للزوجة متمولاً[1].

الباجي عن ابن مزين عن يحيى بن يحيى: من نكح بقرآن يقرؤه؛ فسخ قبل البناء وثبت بعده.

أبو عمر: روى ابن القاسم مثله.

قال ابن القاسم: وكذا من تزوج بقصاص؛ وجب له على امرأة.

وقال سَحنون: النكاح جائز، وإن لم يدخل.

قُلتُ: هو جار على قول أشهب: يجبر القاتل على الدية.

ويطلب كونه لا غرر فيه.

في نكاحها الأول: من نكح امرأة على أحد عبديه أيهما شاءت المرأة؛ جاز، وعلى أيهما شاء؛ لم يجز كالبيع.

قُلتُ: لم يقع استثناء البائع النصف إلا هنا، ويمنع بما لا يملك، أو بذي غرر فيها كالخمر والخنزير والبعير الشارد والجنين والثمرة قبل بدو صلاحها.

قُلتُ: يريد على البقاء.

اللخمي: إن نزل؛ ففي مضيه كنكاح التفويض يثبت فيه بمهر المثل، ويسقط بالطلاق وفسخه قبل البناء، ثالثها: وبعده لروايات ابن القُصَّار مع القاضي قائلاً في حمل رواية الفسخ قبل البناء على الوجوب أو الاستحباب قولا أصحابنا.

وسمع ابن القاسم: كراهة إنكاح مدين بخمسين دينارًا ممن هي له على أن

---

(1) قال الرَّصاع: أخرج به ما لم تنتفع به الزوجة، أو كان غير متمول كمن تزوج بقرآن يقرؤه، فإن وقع؛ فالنكاح يفسخ قبل البنا، وكذلك من تزوج بقصاص؛ وجب له على المرأة، وأجازه سَحنون، وتأمل ما وجه به الشيخ كلام سَحنون، فإنه جار على أصل أشهب في قوله: يجبر القاتل على الدية فتأمله.

(فإن قلت): لأي شيء لم يقل: لا غرر فيه زيادة في قيده.

(قُلتُ): لعله راعى ما يعم الصحيح والفاسد؛ ولذا قال: بعد، ويطلب كونه لا غرر فيه، والله أعلم، ولا يخلو من بحث فيه.

يؤخره بها.

ابن القاسم: هو حرام يفسخ قبل البناء، وبعده لها مهر المثل، ويرد المال لأجله.

ابن رُشْد: معنى قول مالك: أن الولي اشترط ذلك في العقد دون تسمية مهر فكرهه؛ إذ لا أثر له في فساد العقد؛ إذ لم يقع عليه المهر، فيمضي النكاح، ويسقط التأخير، وتكلم ابن القاسم على أنه زوجه بمهر مسمى على ذلك، فيكون التأخير فسادًا في المهر؛ لأنه حط منه بسببه، فوجب فسخه قبل البناء، ويكون فيه مهر المثل بعده، وظاهر قوله: مهر المثل سواء كان أقل من المسمى أو أكثر، ويأتي على المشهور في البيع والسلف أن يكون لها بعد البناء الأكثر من مهر المثل أو المسمى.

قُلتُ: يرد بأن النكاح مبني على المكارمة.

قال: ويفسخ قبل البناء في كل حال، وقول بخلاف البيع والسلف الذي يثبت إن أسقط السلف مشترطه؛ لأنه بين المتبايعين، وليس هو هنا بين الزوجين.

وفيها: إن تزوجها على دار فلان، أو على أن يشتريها لها؛ فسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل.

وسمع ابن القاسم: من تزوج امرأة على أن يعتق أباها، فاشتراه فأعتقه، ثم طلقها قبل البناء؛ غرمت نصف قيمته، وجاز عتقه.

ابن القاسم: لا يجوز هذا النكاح؛ لأنه لم يصل إليها شيء من المهر، هو أعتقه، وله ولاؤه، ويفسخ إلا أن يبني، فيثبت بمهر المثل، ولا يرجع عليها بشيء، وأخبرني من أثق به عن مالك أنها تغرم نصف قيمته، وأخبرني بعض جلسائه عنه أن لا غرم عليها، والأول أحب إلي.

ابن رُشْد: قوله: فاشتراه؛ يدل أنه لم يكن في ملكه يوم عقد النكاح، ومعروف قوله: لا يجوز النكاح على عبد فلان، وجوزه هنا؛ إذ لم ير النكاح فاسدًا؛ لأنه أوجب للزوج الرجوع عليها إن طلق بنصف قيمته، وجوز العتق كنكاح صحيح؛ لأن الفاسد لصداقه لا يجب صداقه إلا بالبناء، فلو كان فاسدًا؛ لم يجب له عليها في طلاقه قبل البناء شيء؛ لأنه هو أعتقه، أو لا وجب له عليها كل ثمنه؛ لأنه لما أعتقه بأمرها، فكأنها قبضته وأعتقته.

وروى أبو عبيد عن مالك: أن النكاح على عبد فلان جائز، وإنما أجاز مالك نكاحه وإن لم تملكه المرأة ولا ولاءه؛ لأنه مال من أمواله بعد الشراء لو قالت: أعطيك مالًا على أن تعتقه ولك ولاؤه؛ جاز، وصح له أخذ المال، فهو لم يرض أن يخرجه عن ملكه إلا ببضعها، وإن لم تملكه طرفة عين، ولا وصل إليها شيء من المهر؛ فلا بأس به؛ لأنهم أجازوا أن تقول المرأة: أتزوجك على أن تعطي عبدك فلانًا، وإن لم تملكه، ولا وصل إليها منه شيء، وعلل ابن القاسم فساد النكاح بأنها لم يصل إليها من المهر شيء؛ إنما أعتقه وله ولاؤه، فعليه لو تزوجها على أن يعتق عنها أباها ويكون لها ولاؤه، ومنعه ابن الماجِشُون، ففي جوازه: ولو أعتقته عن نفسه، ونفيه: ولو على أن يعتقه عنها، ثالثها: على أن يعتقه عنها لمالك وابن الماجِشُون وابن القاسم على أصله في فسخ نكاح من أعتقه ربه عن زوجته بمال أخذه منها.

ونقل ابن القاسم اختلاف قول مالك في رجوعه عليها في طلاقها بنصف قيمته؛ إنما هو في مسألة المدَوَّنة فيمن تزوجها على من يعتق عليها بدليل اختيار ابن القاسم قول مالك الأول كما قاله في المدَوَّنة؛ لأن مسألة العتبيَّة لا يوجب ابن القاسم فيها للزوجة شيئًا قبل البناء؛ لأنه نكاح فاسد، فوهم العُتْبِيّ في سياقته عليها، ونكاحها على من يعتق عليها جائز اتفاقًا، ويعتق عليها علمًا أو جهلاً أو أحدهما، بكرًا كانت أو ثيبًا. قاله ابن حبيب، وهذا في البكر إن لم يعلم الأب أو الوصي، وإلا لم يعتق عليها.

وفي عتقه عليه قولان، وإن عتق عليها، ولم تعلم، وعلم الزوج؛ تبعته بقيمته؛ لأنه غار، وقيل: لا يعتق عليها إذا غرها، ويرد إليه، وتتبعه بقيمته أو نصفها إن طلقها قبل البناءح اختلف فيه قول ابن الماجِشُون.

ولابن كنانة: إن غرته هنا؛ فسخ قبل البناء، وثبت بعده ويعتق وتغرم له قيمته، ويغرم لها مهر مثلها، ولو علمت دون الزوج؛ لم تتبعه بشيء وله إن لم يعلم ـ علمت أم لا إن لم يكن لها مال ـ رد عتقه ليباع لجهازه، وأن يرجع في نصفه إن طلقها قبل البناء.

وفي كونه بمطلق من صنف غير موصوف جائزًا إبتداءً أو بعد وقوعه، أو إن خصص بجنس له رابعها: لا يجوز لقول التلقين: يجوز على وصف، أو عبد مطلق أو جهاز بيت مع ظاهر نقل عياض عن ابن القُصَّار أنه كنكاح تفويض، وظاهرها

والصقلي عن ابن محرز عن سَحنون، وغير واحد عن ابن عبد الحَكم، وفي كون قول ابن محرز: (إن كان للنكاح جنس معتاد؛ جاز وإلا فسد) خامسًا نظر.

وكونه بمطلق من جنس أعم ممنوع لقول الشيخ عن محمد: نكاحها بعرض؛ لم يوصف من أي العروض يفسخ قبل البناء حتى يقول: بثوب كتان أو صوف، وإن لم يصفه؛ فلها الوسط، وكذا في اللؤلؤ، قاله ابن القاسم.

قُلتُ: يريد: أنه يمنع بلؤلؤ غير موصوف مطلقًا لقولها: إن كاتبه بلؤلؤ غير موصوف؛ لم يجز لتفاوت الإحاطة بصفته، والكتابة أخف من النكاح في الغرر، وقول ابن حارث: اتفقوا فيمن تزوج امرأة على عبد أن لها عبدًا وسطًا خلاف نقله قول ابن عبد الحَكم.

وفيها: قال مالك: إن تزوجها على خادم أو بيت؛ جاز، ولها خادم وسط والبيت الناس فيه مختلفون، للأعراب بيوت عرفوها وشورة عرفوها، وشورة الحضر لا تشبه شورة البادية.

قُلتُ: فعلى بيت من بيوت الحضر قال: جائز إن كان معروفًا كما في البادية.

قُلتُ: فعلى شوار بيت؟.

قال: نعم، إن كان معروفًا عند أهل البلد، وإن لم يضرب لذلك أجلاً، وفي كون المراد بالبيت الشورة أو المبنى طريقا عياض مع ابن محرز، وظاهر نقل الصقلي عن أبي عمران: يجوز على بيت يبنيه لها إن كان ببقعة معينة في ملكه ووصف بناءه وقدره.

ابن محرز: لا يجوز على بيت مضمون يبنيه؛ إذ لا بد من ذكر موضعه، فيصير المضمون معينًا.

الشيخ: لا يجوز على بيت مضمون يبنيه.

الصقلي: لأنه يصير إلى السلم في معين، وهو ظاهر الواضحة، وفي الموازيَّة خلافه، ولو تزوجها بنصف عرصة له على أن يبنيها لها بناءً تواصفاه؛ ففي جوازه فتوى ابن رُشْد على قول ابن القاسم بجواز البيع والإجارة في المبيع، وقول بعض الأندلسيين.

قُلتُ: ولا يمنع على قول سَحنون بمنع البيع والإجارة في المبيع؛ لأن النكاح أخف في البيع.

ولابن فتوح: إن تزوجها بعرصة على أن عليه بناءها ولم يبينه؛ فعليه أن يبني لها دارًا وسطًا من دور مثلها، وتم النكاح، وعلى المشهور سمع عيسى ابن القاسم: يقضى بوسط الصنف فيها لمالك به حالاً، وليس للزوج دفع قيمته إلا باختيارها، وسمع ابن القاسم من نكحت بأرؤس اشترى لها الإماء لا العبيد، وليس فيه سنة إلا ما جرى عليه عمل الناس، وسمع من نكحت بأرؤس دون ذكرها من حمران ولا سودان؛ فلها نصف القيمتين.

سَحنون: إن كان رقيق البلد من أحدهما قضي به وإلا فكما قال: ويقضي بالإناث لا الذكور.

ابن رُشْد: إنما يقضي بنصف القيمتين إن كان رقيق نكاح البلد الصنفين والمهر عبد أو ثلاثة، ففي الثلاثة عبدان من الصنفين، ونصف قيمة واحد من أحدهما، وباقيها من الآخر، كما لو كان رأسًا واحدًا، والقيمة يوم عقد النكاح، ولو طلق، سمعه عيسى من ابن القاسم، والأشبه لزومه عبدان من الصنفين شركة بينهما لسماع أَصْبَغ ابن القاسم: من قطع أنملة رجل عليه عشرة من الإبل بأسنان الدية يشركه المقطوع فيها بقدر دية الأنملة، ثم يتقاسمان أو يبيعان، والقيمة في ذلك جارية على قولهم في الخطأ في الزكاة تجب عليهم شاة.

اللخمي: إن تزوجت بعبد لم يصفاه، وطلقها قبل البناء، فروى محمد وابن حبيب عن مالك وأصحابه: لها نصف قيمة عبد وسط يوم العقد.

اللخمي: وليس بحسن، وأرى عليه عبدًا على الصفة يكون بينهما ليس كمن وهب نصف دينار لمن هو عليه هذا يقضى عليه بنصف قيمته دراهم؛ لأن الأغراض تختلف في العبد لا في الدينار.

قُلتُ: يرد بأنها لا تختلف في آحاد الدنانير والدراهم لا فيما بين الدنانير والدراهم.

وسمع عيسى ابن القاسم: من نكحت على رأسين بمائة كل رأس بخمسين، ثم غلت الرقيق كل رأس بمائة إن ذكرت الخمسون صفة للرأس، كصفة معلومة في البيع والسلم؛ لزمت الصفة، غلت الرقيق أو رخصت، وإن ذكرت كي لا تزول غلت الرقيق أو رخصت؛ فالزوج كوكيل على الشراء بخمسين ليس عليه غيرها.

ابن رُشْد: أمرهم على العدد حتى يعلم قصدهم الصفة.

وفي رسم مرض من سماعه: إن سموا للرؤوس ثمنًا؛ لم يعتبر الوسط، والمرأة مخيرة في أخذه بالأرؤس على تلك التسمية، أو بها دون الأرؤس إلا أن يحضرها على التسمية قبل تخييرها التسمية؛ فلا خيار لها كوكيل على شراء شيء لموكله نهاه عنه قبله لا بعده، ولو طلقها قبل البناء؛ فلها نصف التسمية من الثمن، ولا يجبر الزوج على رأس بتلك التسمية يكون بينهما، قاله ابن حبيب عن مالك وأصحابه.

قال: ولم أعلمهم اختلفوا فيه إلا ما لأَصْبَغ في المرأة الدنية يسمى لها في الثياب ثمن رفيع.

اللخمي: إن كانوا يسمون الثمن تجملاً، ففي لزوم الوسط من المثمون، ولزوم الشراء بالثمن قولا أَصْبَغ إن سمى الرداء بعشرين دينارًا للسمعة أعطى الوسط وغيره.

وفيها: إن تزوجها على غائب من دار أو أرض أو غنم؛ جاز إن وصف، وإلا فسخ قبل البناء ومضى بعده بمهر المثل.

زاد في سماع أَصْبَغ ابن القاسم: وله البناء إن قرب المهر، وإلا فلا كالشراء.

فيها: وإن هلك العبد؛ فلها قيمته.

ابن رُشْد: يريد: ما لم يتفاحش بعده، وفي حده خلاف.

قال فضل: إجازته.

أَصْبَغ بالمدينة: ففي إفريقيَّة غلطٌ؛ لأن ابن مزين حكى عنه: إنما يجوز بالمدينة فيما بمصر، وبمصر فيما بإفريقيَّة، وقاله ابن حبيب.

الباجي: روى ابن حبيب: لا خير فيه بإفريقيَّة بها في المدينة.

ابن رُشْد: وحد القرب كالبيع ثلاثة أيام ونحوها.

أَصْبَغ: الأربعة والخمسة.

وقال ابن حبيب: له البناء في بعيد الغيبة، ويستحب تقديمه ربع دينار.

قُلتُ: في تهذيب عبد الحق عن ابن القاسم: لا يبني في بعيد الغيبة، ولو قدم ربع دينار كان سماه مع الغائب؛ لأن النقد في الغائب لا يجوز.

عبد الحق: في قوله نظرٌ؛ لأن الممنوع فيه شرط النقد لا الطوع به فكذا البناء.

قُلتُ: ظاهره: أنه فهم كلام ابن القاسم على منع البناء، ولو كان غير مشترط، وظاهر قوله في السماع: كالشراء أنه مثله إنما يمنع بشرط.

ابن رُشْد: قوله: إن هلك العبد؛ فهو منه؛ يريد: قرب أو بعد على ما اختاره في ضمان الغائب.

وقوله: لها قيمته على أصله في العرض المهر يستحق.

وعلى سماع أشهب: لها مهر المثل.

وفي العشرة ليحيى: مصيبة المهر من المرأة بالعقد بخلاف البيع.

وزاد: لو ماتوا قبل النكاح؛ انفسخ، ويلزم عليه إن استحق المهر العرض قبل البناء؛ انفسخ النكاح، وكذا إن مات العبد الغائب المهر بعد العقد قبل قبضه على أن المصيبة من الزوج.

ابن بشير: إن قربت غيبته؛ صح البناء، وإن توسطت؛ ففي صحته بشرط النقد قولان.

قُلتُ: فالأقوال أربعة، ولفضل: قول ابن القاسم: إن تزوجت بعبد غائب، فمات بعد العقد فسخ النكاح بعيد؛ بل الواجب قيمته.

ابن محرز: الصواب: يخيره في غرم قيمته؛ ليتم نكاحه وفسخه.

قُلتُ: فالأقوال ثلاثة.

وفيها: إن نكحها على عبد موصوف؛ لم يضرب له أجلًا جاز حالاً كقول مالك: إن نكحها على عبد؛ لم يصفاه ولم يؤجلاه، كان عليه عبد وسط حال.

وروى صاحب الكافي: من نكح بمهر لغير أجل فسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل.

ابن عبد السلام عن بعضهم: إن كان مع حال وأجل؛ لم يجزه لتعارض احتمال كونه مع أحدهما، فحصلت الجهالة، وأظن في أحكام ابن سهل خلافه فينظر فيها.

قُلتُ: ما نقله عن بعضهم لا أعرفه، ولم أجد في أحكام ابن سهل مثله، ولا خلافه وتوجيهه بما ذكر لغو على المشهور؛ لأن ما معه من حال يقابل الأجل، فيجب اعتبار حكم نفسه، وهو الحلول على رواية أبي عمر.

وفيها: إن تزوجها بدنانير بعينها غائبة؛ لم يجز إلا أن يشترط بدلها إن تلفت كالبيع، ولو حضرت ونقدها؛ جاز فيهما.

بعض القرويين: إنما يلزم شرط البدل إن شرط قبض السلعة.

قال محمد: وهو تفسير.

زاد محمد: وإن لم يشترط بدلها؛ جاز البيع ووقفت السلعة حتى تقبض الدنانير.

المتيطي: وعليه يجب منع الزوج البناء حتى تقبض.

قُلتُ: قول غيره فيها يجوز البيع دون شرط البدل والحكم يوجبه؛ جارٍ في النكاح، وظاهرها مع غيرها فساد النكاح بمعين غير معلوم ولا موصوف.

وأجاب ابن رُشْد القاضي ابن مسرة فيمن نكح على دار بقرية كذا، وتكسير ثلث مدي نصفه في أرضه البيضاء، ونصفه في زيتون والتكسير بقرية الزوج مجهول: بجواز النكاح ما لم يكونا جاهلين بصفة ما ذكر، وهم على العلم به حتى يثبت جهلهم، فيفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بمهر المثل، وعدم كتب علمهم بذلك تقصير لا يوجب فسادًا، فيعرف تكسير مبذر المدى بأرض تلك القرية، ويكسر كل ما للزوج بها حين عقد نكاحه، فتكون شريكة للزوج بذلك الجزء ما بلغ في كل أرضه بها جيدها ورديئها سقيها، وبعلها على الإشاعة، وكذا فيما له من الزيتون، وأما الدار التي ساق لها، ولم تعين في كتاب الصداق، ولم تحد فيه، فإن كان له بالقرية دار على صفة ما ذكر في كتاب الصداق قضى بها لها، وإلا لزمه لها قيمة دار بالقرية المذكورة على صفة ما ذكر في كتاب الصداق في أوسط مواضع القرية.

فقال ابن مسرة: أين يقع هذا من قول ابن حبيب النكاح بأرض لزوج لا يذكر موضعها، ولا حدودها ولا ذرعها، ولا يعرف مبلغها، ولا توصف بحالها يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بمهر المثل، وسواء أصدقها أرضًا وسكت، أو قال: أرضًا لزوج بقرية كذا، أو قال: أرضًا لزوج يختارها إن كانت في قرية فلانة إلا أن يقول: أرضًا للزوج في قرية فلانة، ولم يقل: تختارها، فإن عرفت أرضه في تلك القرية أو عرفها أبوها وهي بكر؛ جاز، وكانت شريكة له في أرض قريته بأرض زوج إن كانت أرضه ثلاثة أزواج؛ فلها ثلثها، كذا روى أَصْبَغ وغيره عن مالك.

ابن رُشْد: قول ابن حبيب: إلا أن يقول: أرضًا لزوج في قرية فلانة؛ معناه: إلا أن يقول: أرضًا لزوج من أرضي بقرية فلانة؛ لأن الاستثناء لأقرب مذكور.

قُلتُ: قول ابن رُشْد: معناه: إلخ؛ تقييد للمستثنى بزيادة (لي) الدالة على ملك الزوج.

وقوله: لأن؛ الاستثناء لأقرب مذكور؛ فظاهره تعليل للتقييد، وهو غير مناسب له، فيجب كونه تعليلاً؛ لصحة الكلام المدعى تقييده بتقرير نفي ما يوهم بطلانه، وهو استثناء غير مذكور؛ لأن قول ابن حبيب: إلا أن يقول إلخ؛ هو نفس القول الثاني المعبر عنه بقوله: أو قال: أرضًا لزوج بقرية كذا؛ فصار كقولنا: ما جاءني زيد ولا عمرو ولا أعمامي إلا عمرًا إن رد الاستثناء للثاني؛ بطل، وللأخير صح، فيجب له لقربه.

ابن رُشْد: فمذهبه إن قال: أرضًا لزوج من أرضي بقرية فلانة؛ فلم يجز إن قال: تختارها، ولو تساوت في الطيب، وجاز إن لم يقله، وكانت شريكة بقدر ذلك من أرضه، ولو اختلفت في الطيب على أصله في منع شراء ثوب يختاره من ثياب إلا أن تتخذ صفة الثياب في الجودة؛ لأن الأرض، وإن استوت الأغراض تختلف في نواحيها، ومنه منع الغير في كتاب كراء الأرضين: كراء الأرض بالذرع، ولو استوت، ويتخرج في النكاح بأرض تختارها المرأة من أرض الزوج، وهي مختلفة للطيب والكرم، وهي على صفة واحدة من سقي أو نضح أو بعل.

لابن القاسم قولان:

الجواز: من إجازته في كتابه الخيار شراء ثوب يختاره من ثياب، وإن كان بعضها أفضل من بعض إن كانت على سرد واحد.

والمنع: من قوله في كتاب الدور والأرضين: كراء الأرض بالأذرع لا يجوز إن كانت مختلفة، ويقوم اختلافه أيضًا من اختلاف قوله في قسم الأرض: إن اختلفت في الطيب والكرم، وإن اختلفت في السقي بالعين والنضح والبعل؛ لم يجز النكاح بأرض زوج منها تختارها إلا على قول ابن أبي سلمة، وعلى أنها لا تختارها جائز استوت أو اختلفت.

قُلتُ: في فتوى ابن رُشْد نظرٌ من وجهين:

الأول: أن في السؤال النص على أن تكسير مبذر المدي في القرية مجهول؛ ومعناه: أن قدر مساحته مجهول، وإذا كان مجهولاً؛ كان النكاح على قدر مجهول، وهذا يوجب فسخه قبل البناء.

الثاني: قوله: إن لم يكن بالقرية دار؛ لزمته القيمة إن أخذه، فالنكاح على هذا التقدير وقع على دار ليست في ملكه، فيصير كمن نكح على دار فلان، وهذا يجب فسخه قبل البناء، وإن حملها على أنها مضمونة؛ فكذلك حسبما مر فتأمله.

فتعقب ابن مسرة: إن أراد به هذا فواضحٌ، على أنه بعيد من لفظه، وإلا ففيه نظرٌ.

وابن عات: سئل ابن زَرْب: عن من تزوج امرأة على دار يقيمها في قريته إن كانت له أرض بقيمتها فيها جاز النكاح، وبنى لها دارًا متوسطة، وإن كان لا أرض له لم ينفذ النكاح بخلاف النكاح على خادم ولا خادم له؛ لأن التسليف يجوز في الخدم لا في الدور.

وروى محمد: يجوز بدين على رجل، ولا يبني حتى يقتضي ثلاثة دراهم، وقال أيضًا: له البناء، وإن لم تقبض شيئًا؛ لأنه حق لها بيعه.

اللخمي: شرطه دينا يسر المدين، وعدم امتناعه من القضاء بالغًا ربع دينار إن كان حالاًّ، أو بلوغ قيمة ذلك إن كان مؤجلًا.

وللشيخ عن ابن سَحنون: لو برئ مجروح امرأة بموضحة أو منقلة؛ ففي جواز نكاحه إياها بالأرش، وكراهته قولا أصحابنا، فإن طلقها قبل البناء؛ تبعها بنصف الأرش، ولو لم يطلقها، وانتقض جرحه، ونزي فيه ومات، فإن أقسم ورثته لمن جرحه مات؛ وجبت ديته على عاقلتها، وأخذت هي منها، أو من صلب ماله دية الموضحة أو المنقلة، وترث من ماله دون ديته، وإن لم يقسموا؛ سقط عنها الأرش، وصارت كمن تزوجته بدين له عليها ومات، ولو تزوجها، وهو مريض على أرش الضربة، وما يحدث عنها ومات؛ لم يجز؛ لأنه نكاح مريض لا إرث لها ولا مهر، فإن اقتسموا أخذوا الدية من عاقلتها، وإلا فعقل الموضحة أو المنقلة في مالها.

وفيها: من تزوجت على قلال خل بأعيانها، فوجدتها خمرًا كمن تزوجت على مهر وجدت به عيبًا؛ ترده وتأخذ مثله إن كان يوجد مثله وإلا فقيمته.

أبو حفص وعبد الحق: إنما لم يفسخ النكاح بخلاف البيع؛ لثبوت أثر العقد بحرمة الصهر.

قُلتُ: يتخرج القول بفسخه على ما في استحقاق المهر.

ابن رُشْد: في رسم العشور من سماع عيسى: إن نكحها بعبد، وأحدهما يعلم أنه حر؛ فسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل، وعزاه اللخمي لسَحنون نصًا.

عياض: في رجوعها بمثلها أو قيمته، ثالثها: إن دخلا على الكيل؛ فمثلها وإلا فقيمتها، ورابعها: إن قضت الأغراض فيها كالعين؛ فمثلها وإلا فقيمتها، وخامسها لابن عبد الحَكم: مهر مثلها، وعورض بقوله في العبد المهر: يستحق بحرية لها قيمته.

ابن محرز: لا معنى لقول سَحنون؛ لأنه جزاف يعرف قدره، فقوله فيه: خلاف قول ابن القاسم: أنه كمكيل وفاق لقول محمد: فاسد شراء الطعام جزافًا يفوت بحوالة الأسواق.

عبد الحق عن أبي عمران: ووفاق لقوله: من استحق ما اشتراه بصبرة جزافًا فاتت بعد معرفة كيلها؛ رجع بقيمتها لا مثلها، وعلى الأول قال ابن محرز: إن طهرت بالغسل؛ ملئت خلاً، وإلا عبرت بالماء، وغرم مثله خلاً.

أبو حفص: ومعناها: أنها حاضرة مطينة عقد على صفتها؛ لأن تطيينها عذر، واستشكل عياض تصويرها، ثم قال: لا وجه لصورتها إلا أن يكونا رآياها فظناها خلاً بما شبه عليهم، أو اطلعا على بعضها، وحملا على ذلك بقيتها، أو كانت معفصة، وحلها يفسدها، فاستغني بالاطلاع على بعضها.

قُلتُ: مقتضى هذين الجوابين: أن المطلع على كونه خمرًا بعضها لا كلها، ولفظ المسألة ظاهر، أو نص في أنه كلها.

وكلام الشيخين يدل على عدم وقوفهما على نقل العُتْبِيّ عن أَصْبَغ.

قوله: قلت لابن القاسم: أتباع قلال خل مطينة لا يدرى ما فيها ولا ملؤها.

قال: إن مضى عليه عمل الناس؛ أجزته، كأنه لا يرى به بأسًا، وتمامها في شراء الغائب.

اللخمي: لو تزوجها بقلال على أنها خمر، فظهر كونها خلاً؛ ثبت النكاح إن

رضياه، كما لو نكحها على أنها في العدة، فظهر كونها في غيرها، ولمن شاء منهما فسخه؛ لحجته بظهور خلاف المعقود به، ولا حجة لهما في العدة؛ لأنها حق لله لا لأحدهما.

وما عقد بخمر ونحوه، أو غرر في مضيه بالعقد، وفسخه مطلقًا ثالث روايات القاضي مع ابن القُصَّار: ما لم يبن.

القاضي: في حمل الأخيرة على الوجوب أو الاستحباب قولا أصحابنا، والمشهور الثالثة، ولو دعي الزوج في هذا النكاح للبناء أو النفقة لظن صحته فأنفق، ثم اطلع عليه، ففسخ، فقال بعض الأندلسيين: يرجع عليها بما أنفق، ولها فيمن ابتاع دارًا على أن ينفق على البائع حياته، وقال عبد الله بن الوليد: لا يرجع عليها؛ لأن فسخه غير واجب.

قُلتُ: ويرد بأن الفرض الحكم بفسخه، ومراعاة الخلاف مع الحكم بنقيضه لا يصح، والأظهر جريها على الخلاف في النفقة لحمل فانفش.

وفيها: ترد المرأة ما قبضت من عبد أبق ونحوه، وما فات بيدها بتغير بدن أو سوق؛ ضمنت قيمة ما يقوم، ومثل ماله مثل إن زالت عينه أو تغيرت.

اللخمي عن ابن حبيب: إن عثر عليه قبل البناء؛ فالضمان من الزوج وله نموه، كما لو طلق في الصحيح، وإن بنى بها؛ ضمنته وعليها قيمته.

اللخمي: يريد: لما أسقط الطلاق في صحيح النكاح ضمان النصف؛ أسقط الفسخ ضمان الكل، والأول أحسن؛ لأن المطلق مختار.

قُلتُ: قال ابن حبيب في الواضحة عقب ذكره قول ابن القاسم: خالفه أصحابه وقالوا: لا ضمان عليها، ولابن رُشْد في آخر مسألة من رسم الجواب من سماع عيسى: معلوم المذهب، ومنصوصه: أن ما فسد لصداقه لا شيء للمرأة فيه إلا بالبناء، ولأَصْبَغ: من تزوج بغرر، ومات قبل البناء لها عليه مهر مثلها، وإن طلق؛ فلا شيء عليه، فراعى التسمية الفاسدة، وجعله كنكاح تفويض على قول من رأى وجوب المهر فيه بالموت، وليس بمعروف في مذهبنا.

قُلتُ: في النوادر: قال محمد: قال أشهب: من نكح بثمرة؛ لم يبد صلاحها إن طلق قبل البناء؛ لزمه الطلاق، ولا مهر عليه، وعليه في الموت مهر المثل، وهذا غلط، وقال

أَصْبَغ: لا مهر لها ولها الميراث.

قُلتُ: وهذا خلاف نقل ابن رُشْد عن أَصْبَغ.

الشيخ عن الموازيَّة: من نكح بثمرة قبل بدو صلاحها على جدها بلحًا؛ جاز، فإن تأخرت حتى جدتها بسرًا أو رطبًا أو تمرًا؛ مضى النكاح، وإن لم يبن وردت الثمرة، ولها قيمة البلح مجدودًا يوم النكاح ونصفها إن طلقها قبل البناء، وترد مكيلة ما أكلته، فإن جهلت؛ فقيمته.

اللخمي: إن كانت قائمة أخذها الزوج، ولا شيء عليها؛ لأنها دخلت على جدها بلحًا، فجدتها رطبًا؛ فلم تزده إلا خيرًا، بخلاف ما لو تزوجت بها على البقاء، والشأن جدها يابسة، فجدتها قبل يبسها؛ لزمتها قيمتها، ولو كانت موجودة؛ لأن جدها قبل يبسها فساد.

قال بعض شُيُوخ عبد الحق: ضمانها مهر الفاسد؛ لعقده كالنكاح الفاسد؛ لأنه إذا فات؛ ثبت فيه المسمى، وإن قامت بينة بهلاكه من غير سببها؛ لم تضمنه.

ومهر الفاسد لصداقه يضمنه مطلقًا؛ لأنه إن فات مضى بمهر المثل لا بالمسمى، ولو تزوجها بفاسد مع صحيح كخمر أو آبق وربع دينار؛ ففي فسخه وصحته برضى الزوجة بما يصح به فقط، أو يدفع الزوج الآبق بعد حصوله، أو باتفاقهما على ما يجوز بدل ما لا يجوز نقلا المتيطي قولهم: مذهب مالك يقتضي فسخه.

وقول أَصْبَغ: زاد الشيخ عنه: لو نكحها بربع دينار مع آبق أو جنين، فلم يفسخ حتى حضر الآبق وولد الجنين، فإن رضيت بالربع الدينار؛ صح وإلا فسخ إلا أن يدفع لها الزوج ما زال غرره، وإن فيه لمغمزًا؛ لكنه قول أصحابنا، والقياس فسخه إن لم يبن.

واستحقاق المهر: إن علم الزوجان موجبه حين العقد، ككونه مغصوبًا أو حرًا؛ فسخ النكاح قبل البناء، ومضى بعده بمهر المثل، وإلا ففي كونه كذلك مطلقًا، أو إن لم تكن للزوج شبهة فيه ثالثها: إن غرها بحريته، ورابعها: يفسخ في هذا بعد البناء للتخريج على نقل فضل عن ابن القاسم مع ابن رُشْد عن يحيى: فسخ النكاح بهلاك المهر الغائب بعد العقد قبل قبضها إياه، والمشهور.

ونقل ابن حارث عن ابن الماجِشُون وعن سَحنون مع أصحابه، وسمع عيسى ابن

القاسم: من نكح بمال استتجر أو قرض به أو سرقه؛ لم يفسخ نكاحه.

سَحنون: وكذا بعبد لجاره أو غصبه، ولو لم يبن بخلاف الحر؛ لأنه لو مات لم تضمنه، وتضمن المغصوب، ولو كانت عالمة بغصبه؛ لفسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل.

أَصْبَغ: قال ابن القاسم: لا يفسخ في الحر ولا في المغصوب، ولو تعمده ولم يبن.

أَصْبَغ: وكذا لو علمت حريته وجهلها الزوج، ولو علماها؛ فسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل، وفي رجوعها لاستحقاق مهرها العبد بقيمته أو بمهر مثلها ثالثها: إن استحق بملك، وفي الحر بمهر مثلها، ورابعها: ترجع بمثله، وخامسها: بالأقل من قيمته أو مهر المثل للمشهور، وسماع أشهب مع تصويبه.

ابن رُشْد: ونقله عن سَحنون واللخمي عن مختصر ابن شعبان مع ابن كنانة وقول اللخمي: لو قيل؛ لكان وجهًا.

وفي منعها نفسها حتى يعطيها ما يجب لها عليه مطلقًا، أو ما لم ترض بتمكينه إياها مطلقًا، وسقوط منعها إياه، رابعها: الثاني إن غرها، وخامسها: لها منعه حتى تقبض ربع دينار لابن رُشْد عن أول احتمالي سماع القرينين، وثانيهما مع قوله: نحى إليه محمد، وظاهر سماع عيسى عند الشُيُوخ، ونقل ابن رُشْد ومحمد.

وقال في سماع القرينين بعد ذكره الثلاث الأول: الخلاف عندي إنما هو إذا لم يغرها، وإن غرها لعلمه أنه مسروق، فمن حقها منعه حتى يعطيها مهرها على ما قاله بعد هذا؛ كالمكاتب يقاطع سيده على شيء وديعة عنده أنه يرد في الرق.

ومعنى سماع عيسى في الغرور: أنه إن كان بنى بها؛ لم يمنع منها إن رضيت قوله فيه: إن قاموا على المرأة في مهر أسلفوه الزوج، أو باعوه هي أولى منهم ودينهم في ذمته؛ يدل على أن لمن أحاط الدين بماله التزوج، والنفقة على الزوجة من أموال غرمائه، وهو دليل قولها: ليس له أن يتزوج في المال الذي فلس فيه؛ ومعناه: إن تزوج ما يشبه مناكحه، وأصدقها ما يشبه مثله، وللغرماء أخذ ما زاد على ما يشبهه، وتتبعه الزوجة به.

وسمع القرينان: من اكتسب مالاً حرامًا، فتزوج به أخاف والله أنه مضارع للزنى ولا أقوله.

المتيطي عن فضل: إن استحق ما أصدقه عن الزوج غيره، فإن لم يبن؛ فليس على الغير قيمته إلا أن يشاء، وخير الزوج في فسخه، ولا غرم عليه، وبقائه بغرمها، وبعد البناء يلزمه غرمها.

قُلتُ: والفسخ بطلاق.

وسمع عيسى ابن القاسم: من نكح بمال ولد ولده، أو ولده الكبير؛ فالولد أحق به من الزوجة إن لم يفت، وإن فات بأكلها أو لبسها إياه؛ غرمته، ولو لم تعلم وإلا فلا غرم عليها.

ابن رُشْد: اتفاقًا، ويسر الأب كعدمه، وفي كون ولده الصغير، والأب معسر كذلك، وكونها أحق به، ولو لم تقبضه، ولم يبن بها ثالثها: إن قام بقرب قبضها إياه كاليومين والأمد القريب، ورابعها: إن لم يبن بها لابن رُشْد عن ابن الماجِشُون مع المتيطي عن مُطَرِّف، وسماع عيسى ابن القاسم، وسماعه أَصْبَغ، ومُطَرِّف مع روايته، وعلى الثاني: قال ابن رُشْد: عن ابن القاسم: يتبع الابن أباه بقيمته يوم تزوج به لا يوم دفعه لها، ولو كان الأب موسرًا؛ فهي أحق به.

الباجي عن ابن حبيب وابن رُشْد: اتفاقًا.

زاد الباجي عن ابن حبيب: هذا ما لم يتقدم الإمام إليه ألا يتزوج بمال ابنه، فإن تقدم إليه به؛ فابنه أحق به ولو بنى.

ابن رُشْد: وأجاز أَصْبَغ كل فعل الأب في مال ابنه هبةً وصدقةً وإصداقًا وعتقًا في القيام والفوت والعسر واليسر لقوله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»**[(1)]؛ وظاهره: الكبير كالصغير المتيطي، وقاله أشهب في رواية ابن أبي جعفر.

وعيب المهر: الموجب لمبتاعه؛ رده يوجب لها، وفيما يرجع به إن ردته أقوال المستحق.

وفيها: إن فات المعيب عندها؛ رجعت بقيمة عيبه، وإن حدث به عندها عيبٌ

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3530) في البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده، وابن ماجة: رقم (2292) في التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، وأحمد: رقم (6678) و (6902) و (7001).

مفسد؛ فلها رده وما نقصه، وحبسه وأخذ قيمة العيب القديم.

عبد الحميد: اعترض من لقيت قوله: ردت ما نقصه العيب الحادث؛ لأنه لغو، والواجب رجوعها بباقي القيمة عن العيب الحادث.

عياض: في قوله: رجعت بالقيمة؛ تساهلٌ، كيف ترد قيمة وتأخذ قيمة؟.

فقال بعضهم: كلامه في حكم الرد بالعيب لا في صفة المطالبة.

وفيها: إن استحق من الدار المهر ما فيه ضرر؛ فلها حبسها، وأخذ قيمة ما استحق ورد بقيتها وأخذ قيمتها.

قُلتُ: ظاهره: ولو كان المستحق معينًا لا شائعًا بخلاف البيع؛ لأن المنتقل إليه فيه معلوم؛ وهو الثمن، وفي النكاح مجهول؛ وهو القيمة.

المتيطي: في بعض رواياتها: تحبس ما بقي، وترجع بقيمة ما استحق، وطرح سَحنون (بقيمة)، وقال: أخاف كون الثمن مجهولاً.

وفيها: وإن استحق أيسرها كبيت أو تافه؛ رجعت بقيمته فقط، وكذا العروض والأرض، ويسير المستحق من العبد والأمة ككثيره.

قُلتُ: وكذا يسير ما يفسده قسمه كالجبة والقميص، وتمامه في الاستحقاق.

وسمع عيسى ابن القاسم: من نكحت بجنان على أنه عشرة فدادين، فوجد خمسة؛ ثبت نكاحها وإن لم تبن، وتبعته بقيمة الخمسة الناقصة.

ابن رُشْد: يريد: إن رضيت بالجنان، ولها رده، وتتبعه بقيمة جميعه؛ لأن ما نقص كمستحق.

أبو صالح وابن لبابة: القياس تخييرها في رده، وتتبعه بمهر المثل، أو تمسكه وتتبعه بنصفه على أن ذلك لا يوجد لهم.

ابن رُشْد: ليس كما قالاه؛ بل وجد في سماع القرينين: وعلى هذا لو وجدت به أكثر من عشرة فدادين شركها الزوج في الزيادة.

وعن مالك: شرط الأذرع في الأرض كصفة إن ظهرت زيادة؛ فهي للمبتاع، وإن ظهر نقص كان كعيب، وهذا الخلاف قائم من أول كتاب تضمين الصناع نص في سماع عيسى بجامع البيوع.

[باب الشغار]

ونكاح الشغار محرم:

فيها قوله: زوجني مولاتك، وأزوجك مولاتي ولا مهر بيننا[1]؛ شغارٌ، وكذا زوجني ابنتك، والشغار بين العبيد والأحرار سواء.

وفي فسخه: أبدًا، ولو ولدت أولادًا، أو ما لم يبن ثالثها: يفوت بالعقد، وفسخه قبل البناء استحسان، لها ولابن محرز عن رواية علي في كتاب: خير من زينته مع الباجي وابن رُشْد دون ذكر محلها.

وابن زرقون عن المازري عن تأويل بعض شُيُوخنا.

ابن بشير: لا خلاف منصوص في المذهب: أنه يفسخ قبل البناء، ونقل بعض المتأخرين فيه خلافًا منصوصًا باطل.

ثم قال ابن بشير آخر الفصل: قال: يمضيه بالعقد مالك مرة، ونقل المتيطي رواية علي ابن زياد: ويثبت بعد البناء بمهر المثل.

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): الشيخ لم يعرف الشغار، وإنما ذكر مثالاً له.

(قُلتُ): يظهر أنه ذكر قول مالك مفسرًا لنكاح الشغار، فإنه قال: ونكاح الشغار محرم، ثم قال: فيها إلخ، فذكر ما ذكرنا عنه، فهذا يدل على التفسير، فكأنه يقول: نكاح الشغار عقد فيه قول الرجل إلخ.

(فإن قلت): فكيف يصدق ذلك على نكاح الشغار، والنكاح الأعم إنما هو عقد على مجرد متعة كما تقدم، وهذا اللفظ المذكور ليس هو العقد.

(قُلتُ): لنا أن نقول: ليس ذلك بتفسير لنكاح الشغار، وإنما هو تفسير لصيغة الشغار المضاف إليه النكاح، وذلك يصح فيه أن يفسر بمثل ذلك، ونكاح الشغار؛ معناه: نكاح وقع فيه العقد باللفظ المذكور، وما يقوم مقامه هذا هو الذي يمكن تقريره عليه، وهو الذي يدل عليه ما وقع في الحديث انظره؛ لكن يرد عليه أن الشغار إنما هو خلو البضع عن الصداق لا اللفظ المذكور، وإذا وقع قيل: يفوت بالعقد وهو في المذهب عن مالك، وقيل: يفسخ مطلقًا بطلاق، ويقع فيه الميراث، وهو قول المدَوَّنة، وهذه المسألة يظهر لك وجهها من حد رعي الخلاف.

(فإن قلت): وهل يصح أن يعرف الشغار بقولنا: نكاح يكون فيه البضع صداقًا، وهل يدخل ما فيه الجبر أم لا؟.

(قُلتُ): يمكن ذلك، وإنما لم يقل ذلك الشيخ؛ لأنه وقع في الحديث تفسيره إن قلنا: إنه من كلام النبي ﷺ، وقيل: إنه من كلام الراوي، وأما إنه هل هو خاص بمن فيه الجبر أم لا؟ فاختلف المذهب فيه.

قال: وفي كتاب ابن القُصَّار ما يدل على فوته بالعقد.

ابن شبلون: وقول المدَوَّنة: فيه الإرث والطلاق يدل عليه.

ابن سعدون: هذا غير صحيح؛ لأن قوله: بالإرث فيه؛ إنما هو لفوت موضع الفسخ بالموت.

قُلتُ: فيلزم الإرث في كل فاسد، وفي كون سبب اختلاف قول مالك الاختلاف في تفسير الشغار، أو في كون النهي يدل على الفساد، ثالثها: إسقاط المهر فيه.

للباجي عن القابسي، وأبي عمران واختياره: ولو عقداه كذلك بمهر؛ سمى لكل واحدة ففيها: هذا وجه الشغار لا صريحه يمضي بالبناء.

ابن رُشْد: لم يختلف فيه قول مالك.

ابن بشير: لم يختلف فيه المذهب، وفي فسخه قبل البناء قولها، ونقل ابن بشير مع قول المتيطي لعبد الرحمن بن دينار، وعن ابن أبي حازم: أنه لا بأس به.

وفي كون الواجب فيه بالبناء مهر المثل أو الأكثر منه ومن المسمى ثالثها: هذا إن دخلا، وإن دخل أحدهما فقط؛ فمهر المثل مطلقًا؛ لنقل ابن رُشْد ولها وله عن ابن لبابة مستدلًا بحجة الثاني بفوت غرضه في إنكاح وليته.

قُلتُ: مقتضاه الأقل من المسمى أو مهر المثل، ونوقض قولها: إن زوجه ابنته بمائة على أن زوجه الآخر ابنته بمائة؛ لم يفسخ بعد البناء، فقولها في بيوع الآجال: إن باعه عبده بعشرة دنانير على أن باعه الآخر بعشرة دنانير من سكة واحدة؛ إن لم يشترطا إخراج المالين؛ جاز، وكان بيع عبد بعبد، وإلا لم يجز؛ لأن تماثل الثمنين إن أوجب إلغاءهما لوجوب المقاصة، وصرف المعاوضة عنهما لما معهما؛ لزم صرف صورة وجه الشغار لصريحه، وإلا لزم فساد بيع العبدين كشرط إخراج المالين، وأجيب بأن اتحاد مستحق الثمن، والمشترى في العبدين يوجب المقاصة الملزومة؛ لصرف المقاصة بالعبدين أحدهما بالآخر دون ثمنيهما، واختلافهما في النكاح يوجب منع المقاصة الملزوم؛ لتعلق المعاوضة بالمائتين؛ يرد بأن ظاهر المذهب عموم مسألة العبدين في العاقدين كانا مالكي العبدين، أو وكيلين على بيعهما كذلك، ويجاب بأن العبدين صالحين؛ لكون أحدهما ثمنًا للآخر، فأوجبته المقاصة والبضعان لا يصلحان لذلك،

فبقيت المعاوضة متعلقة بهما معًا.

وفيها: إن دخلا في وجه الشغار؛ فلكل منهما مهر مثلها لا المسمى.

سَحنون: إلا أن يكون المسمى أكثر.

عياض: حمل الشُيُوخ قول سَحنون على التفسير لذكره ابن القاسم فيما شبهها به، وهي التي تزوجت بمائة وثمرة؛ لم يبد صلاحها، أو بمائة نقدًا ومائة إلى موتٍ أو فراقٍ، وذكره ابن لبابة لابن القاسم لا لسَحنون، وحمله بعضهم على خلاف قول ابن القاسم، وحمل قوله على ظاهره بلزوم مهر المثل مطلقًا، واحتج برواية أبي زيد: لهما مهر المثل قل أو كثر.

وفيها: إن دخل في وجه الشغار أحدهما فقط؛ فسخ نكاح الآخر، ومضى نكاح الداخل بمهر المثل، وفي كونه مطلقًا، أو ما لم ينقص عن المسمى نقلا عياض سماع يحيى ابن القاسم، وقول عيسى بن دينار في المبسوطة.

وفيها: إن سمي لإحداهما دون الأخرى ودخلا؛ مضى نكاح المسمى لها، وفسخ نكاح الأخرى ولو دخلت، فاختصرها الشيخ: لكل منهما مهر المثل؛ كروايتها ابن لبابة قائلًا: أخطأ جماعة بتأويل أن المسمى لها الأكثر منه ومن المسمى.

عياض عن ابن رُشْد: قول عيسى على تأويل الشيخ خلاف رواية يحيى.

ابن بشير: إن جعل كل من الوليين صحة دخوله مشروطًا بصحة دخول الآخر، فحكى أبو حامد الاتفاق على فسخه على كل حال.

ابن العربي: إن زوجه على أن زوجه، ولم يذكرا مهرًا ولا إسقاطه؛ فهو كصريح الشغار، وفي كونه فيمن لا يجبر كنكاح على أن لا مهر يمضي بعد البناء على اختلاف، أو ككونه فيمن يجبر؛ نقل الباجي عن بعض الناس والمذهب محتجًا بنصها فيه في المولاتين، وبأن نكاح الشغار الخلاف في فسخه بعد البناء؛ كالنكاح على أن لا مهر.

قُلتُ: ومن ثم تعقب على البرادعي إسقاط ذكره في المولاتين، وفي احتجاج الباجي بالثاني نظرٌ؛ لأن مذهب المدَوَّنة في صريح الشغار الفسخ بعد البناء، وفي النكاح على أن لا مهر مضيه بالبناء بمهر المثل.

ابن العربي: قول مالك: إنما الشغار في البنتين؛ تعلقٌ بظاهر الحديث، وإنما يتم أن

لو كان من لفظه ﷺ.

قُلتُ: ظاهره: في البنتين بكرين كانتا أو لا؛ لأنه ذكر بعد قول مالك هذا قول بعضهم بتخصيصه بمن تجبر.

قوله: يتم لو كان من لفظه ﷺ يرد بأن القياس يعممه في كل امرأة أو فيمن تجبر كالأمة.

الصقلي عن أبي عمران: إن زوج كل من رجلين الآخر أخته بمهر معلوم؛ جاز إن لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه؛ لم يزوجه وإلا لم يجز، وعزاه بعضهم لابن لبابة.

وكون المهر منافع جعلاً؛ لا يجوز.

سمع عيسى ابن القاسم: من سقط ابنه في جب، فقال لرجل: أخرجه، وقد زوجتك ابنتي؛ فأخرجه لا نكاح له، وله أجر إخراجه، لا يكون النكاح جعلاً.

ابن رُشْد: اتفاقًا؛ لأن النكاح به نكاحٌ فيه خيار؛ لأن للمجعول له الترك متى شاء.

قُلتُ: إجراؤه على الخيار يوجب دخول خلافه فيه.

وفي النكاح بالإجارة كنكاحه على أن يحجها، أو يعمل لها عملاً في كراهته، فيمضي بالعقد ومنعه، فيفسخ قبل البناء، ويمضي بعده بمهر المثل ثالثها: إن كان مع المنافع نقدٌ؛ جاز، وإلا فالثاني، ورابعها: إن لم يكن نقدٌ؛ فالثاني، وإلا فسخ قبل البناء، ومضى بعده بالنقد، وقيمة العمل، وخامسها: بالنقد والعمل لابن رُشْد عن ابن حبيب مع أَصْبَغ، وروايته عن ابن القاسم، وظاهر سماعه عيسى، ونقل ابن رُشْد وسماع يحيى، ورواية ابن القاسم: إن ماتت من تزوجت بنقد معلوم، وحجها بعد البناء لوارثها نقدها، وما ينفق على مثلها في حجها، وقول ابن القاسم، وعلى الأول قال ابن حبيب: لا يبني بها حتى يحجها أو يعطيها قدر نفقة حجها، فإن شاءت؛ حجت أو تركت.

ابن رُشْد: فيه نظرٌ؛ لأن فسخ الدين في الدين يدخل في التخيير.

والصواب: أن لا يحمل قوله على التخيير؛ بل على لزوم إحجاجها على القول بأنه الواجب عليه، أو لزوم قدر نفقته على القول بأنه الواجب عليه، ولأشهب: له البناء قبل إحجاجها إلا أن يأتي إبانه قبل البناء؛ فلا يكون له ذلك كالكالئ يحل قبل البناء.

ورد ابن عبد السلام: قول ابن رُشْد بقوله: إنما يلزم ابن حبيب فسخ الدين في

الدين بسبب التخيير بناء على أن من خير بين شيئين يعد منتقلاً، وقد علمت ما فيه، وأيضًا فابن حبيب يجيز نقل الأجير على عمل لعمل يخالفه باختياره؛ يرد بأن فسخ الدين في الدين؛ إنما دخل في التخيير؛ لأنه بيع لما في الذمة بعوض غير ناجز ضرورة أن للتخيير زمنًا سابقًا على زمن تعيين ما خير فيه؛ فالتخيير ملزوم لأخذ مؤخر من دين، وهذا اللزوم ثابت على تقدير كون من خير بين شيئين منتقلاً أم لا؟ وهو المعني بفسخ الدين في الدين، فقوله: المنع بناء على أن من خير منتقل مجرد دعوى لا يتم بها إبطال مثل قول ابن رُشْد لعروها عن دليل يدل عليها؛ بل الدليل قائم على بطلانها؛ لأن من أخذ سلعة عن دين، ثم انتقل عنها قبل قبضها لغيرها من مال بائعها برضاه؛ جاز، وهذا انتقال خاص، فلو كان مطلق الانتقال ملزومًا لفسخ الدين في الدين للزم في هذا الانتقال الخاص.

فإن قلت: لو كان علة المنع ما ذكرت؛ لزم جوازه إن قرب زمن اختياره على أحد القولين في أخذ معين عن دين تأخر قليلاً، أجيب بأن التأخير اليسير؛ إنما اغتفر في تعلق الأخذ بمعين جزئي لبعده عن الكلي الشبيه بما في الذمة، وما أخذ مخيرًا فيه بينه وبين غيره كلي؛ لأنه غير معين، فأشبه الدين، فامتنع تأخيره ولو قل.

ويطلب كون المهر نقدًا لا مؤجل فيه.

ابن رُشْد: عقده ببعيد الأجل يفسخ اتفاقًا، وفي حده أربعة:

ابن وَهْب وأول قولي ابن القاسم: ما فوق العشرين.

الثاني: ما فوق الأربعين.

الثالث: يفسخ في الخمسين.

الرابع: سمع أَصْبَغ ابن القاسم: في السبعين.

قُلتُ: للخمي عن ابن القاسم: يفسخ في الأربعين، ثم رجع إلى خمسين.

ابن رُشْد: وفي العشرين فما دونها خمسة:

أحد قولي ابن القاسم في الموازيَّة، وقول مالك فيها: يكره ولو فيما قل، وعلله فيها بأنه ليس بنكاح من مضى.

ابن وَهْب: يكره فيما جاوز السنة فقط.

الثالث: فيما جاوز الأربع.

الرابع: سمع أَصْبَغ ابن القاسم: يجوز في العشرين ونحوها، ويكره فيما جاوز ذلك، وقاله أَصْبَغ في الواضحة وأشهب؛ لأنه زوج ابنته بمهر لاثنتي عشرة سنة.

الخامس: لأَصْبَغ في العتبيَّة: يجوز في العشرين فأقل، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الموازيَّة.

ابن رُشْد: وظاهر سماع أَصْبَغ ابن القاسم: عدم اعتبار ما بقي من عمر الزوج والمشتري بالتعمير؛ وهو قول أشهب في الدمياطية: قيل له: إلى كم أجل المهر المؤجل؟.

قال: ما شاء، إن شاء ثلاثين سنة.

قيل: فإن كان كبيرًا لا يعيش لمثلها؟.

قال: لا أدري ما يعيش الذي يتزوج إلى عشر لا يدري أيعيش إليها أم لا؟.

إن دخل في الأول غررٌ؛ دخل في الثاني؛ ومعنى ما تكلم عليه عندي في الكثير الذي لا يعيش إليه غالبًا، ويعيش إليه نادرًا، وما علم أنه لا يعيش إليه لا ينبغي أن يجوز إليه؛ كالمهر إلى موتٍ أو فراقٍ؛ كمهر ابن مائة إلى ثلاثين.

وقال التونسي: التحقيق أنهم إنما كرهوا البيع، والنكاح إلى بعيد الأجل الذي يجاوز عمر الإنسان؛ لأنه يصير غررًا لحلوله بموته، ولو نكح أو اشترى ابن ستين بمؤجل لعشرين؛ لم يجز؛ لأن الغالب أنه لا يعيش لذلك بخلاف ابن عشرين؛ لأن الغالب حياته له، فما الأغلب أنه يعيش له جائز اتفاقًا، وما لا يعيش له لا يجوز اتفاقًا، وما الأغلب أنه لا يعيش إليه يجوز على اختلاف، وما لأجلٍ مجهولٍ يفسخ قبل البناء، وفي إمضائه بعده بقيمته نقدًا أو بمهر المثل نقلا اللخمي قائلاً: محمل الأول أن العادة لموتٍ أو فراق؛ فلا مثل يهتدى إليه.

قُلتُ: فلاً خلاف إذًا، والقولان ذكرهما عبد الحق في تهذيب الطالب عن فضل عن ابن عبدوس روايتين لسَحنون، وهما ظاهر لفظ ثاني نكاحها فيه: ما كان من مهر لموتٍ أو فراقٍ يفسخ عند مالك إن لم يبن، فإن بنى؛ جاز النكاح.

قال مالك مرة: يقوم المهر المؤجل بما يسوي إذا بيع نقدًا فتعطاه، وقال مرة: ترد

لمهر مثلها نقدًا، وهو أحب إلي، تعطى مهر مثلها يحسب فيه ما أخذت من العاجل، وما بمائة نقدًا ومائة لموتٍ أو فراقٍ في مضيه بالعقد، وفسخه قبل البناء مطلقًا أو ما لم يرض الزوج بتعجيل المجهول، أو ترضى المرأة بإسقاطه نقل المتيطي عن فضل: كان من بعض الناس فيه تخفيف، والمشهور ونقل غير واحد عن أَصْبَغ، وعلى الثاني في مضيه بعد البناء بمهر المثل مطلقًا، أو ما لم ينقص عن المعلوم ثالثها: وما لم يزد عليهما، ورابعها: بالمعجل، وجزء مهر المثل المسمى للخارج من تسمية قيمة المؤجل منهما مع المعجل، وخامسها: بالمعجل وقيمة المؤجل على غرره لنقل اللخمي قائلاً في الأخير: هذا إن كانت العادة ذلك لا غيره.

ابن رُشْد: ظاهر المدَوَّنة: لها مهر مثلها، وإن زاد على المعجل والمؤجل، وقاله ابن الماجِشُون، ورواه مُطَرِّف، وعزا الثالث لأَصْبَغ وابن القاسم وابن عبد الحكم، والأول ظاهر قول أَصْبَغ، وأبي زيد في سماع يحيى.

قُلتُ: الذي لأبي زيد في سماع يحيى ما نصه: يفسخ النكاح ما لم يبن، وإن بنى نظر إلى ما أعطاها من المؤجل إلى خمس سنين، فيقال: ما صداق مثلها على هذا المؤجل المسمى لها إلى خمس سنين، فما كان قل أو كثر أضيف إلى ذلك المؤجل تأخذه نقدًا، وبقيت الخمسون لأجلها، وقال أَصْبَغ كقول أبي زيد.

قُلتُ: وهذا ليس هو مهر مثلها مطلقًا؛ بل هو مهر مثلها على أن المسمى بأجله منه.

والثاني: هو قول مالك فيها، فإن قلت: في عزوه الأول للمدَوَّنة نظرٌ؛ لأن لفظها في مهر وجه الشغار: ألا ترى إن تزوج بمائة نقدًا، ومائة لموتٍ أو فراقٍ أن لها مهر مثلها ما لم ينقص عن المائة، فهذا مثله عندي، والمقيس عليه في أقيسة المدَوَّنة؛ إنما هو قول مالك.

وفي ثاني نكاحها ما تقدم نصه: وظاهر أوله في المهر المجهول أجله لا أجل بعضه، وظاهر كلام ابن القاسم فيه: أنه في المجهول أجل بعضه، ونحوه قول المتيطي: إن فات بالبناء، فقال مالك في المدَوَّنة: لها مهر المثل.

قال في النكاح الثاني: نقدًا لا مؤخرًا.

قال فيه ابن القاسم: ولمالك: أن لها قيمة المؤجل ولا يعجبني.

قال في المدَوَّنة: ما لم ينقص المثل عن المعجل فلا تنقص منه شيئًا، انتهى كلامه.

قُلتُ: يفسر هذا الإجمال كله نصها في فصل الشروط من نكاحها الأول.

قال مالك: إن بنى من نكح بمائة نقدًا وبمائة لموتٍ أو فراقٍ؛ فعليه لها مهر مثلها لا أنظر إلى ما سمياه من مهر.

سَحنون: إلا أن يكون مهر مثلها أقل؛ فلا ينقص منه شيئًا.

المتيطي: إن لم يؤرخ أجل الكالئ؛ ففي لزوم فسخه قبل البناء ومضيه، فيكون المؤجل حالاً ثالثها: إن عجله الزوج، أو أسقطته الزوجة أو أبوها بكرًا؛ ثبت وإلا فسخ بطلقة للمشهور مع بعض القرويين عن المدَوَّنة، وعبد الملك والموثقين عن المذهب، ويحيى بن يحيى مع ابن وَهْب، وابن عبد الحَكم مع أَصْبَغ، ونقله عن ابن القاسم، ورواية ابن وَهْب، ورابعها: قول ابن ميسر: يقال للزوج: عجل لها، فإن أبى وطلقها من ذاته؛ لزمه نصف المعجل، ونصف الكالئ باق عليه لأجل المؤخر في مهورهم؛ لأن سكوتهما يدل على دخولها على العرف، ونحوه لابن الهندي عن بعض أهل عصره: أنه كان يفتي به ويقول: إن اختلف أجل الكالئ عندهم ضرب له أجل وسط، واحتج بقول خيارها: من باع على خيار غير مؤجل؛ جاز، وجعل له من الخيار ما يكون لتلك السلعة.

قال: وأخذ بعضهم الثالث من قولها: إن بنى بها؛ فلها مهر مثلها ما لم يكن أقل من المعجل، فأجراها مجرى بيع الشروط.

ابن حبيب: ما عقد بمائة نقدًا ومائة لأجل ومائة لموت أو فراق، وفات بالبناء يمضي بمهر المثل، فإن نقص عن المائتين؛ ثبتتا، وما زاد عليهما؛ ثبت حالاً، وفي سقوط ما زاد على الثلاثمائة، وثبوته حالاً قولا محمد والأخوين.

الصقلي: الواجب على فساده مهر المثل مطلقًا.

عبد الحق مع ابن أخي هشام: إنما يقوم مهر المثل على أن فيه مائة إلى سنة.

قُلتُ: هو نحو ما تقدم لأبي زيد.

وسمع ابن القاسم: النكاح على أن ينفق على ابنها، أو عبدها ليس من عمل الناس

ولا أراه.

ابن القاسم: إن بنى سقط الشرط، ولها مهر مثلها، وإلا فسخ، ولو طرحته شرطها لعل الصبي لا يعيش شهرًا، أو يعيش عشرين سنة.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم تفسير لقول مالك، وقول ابن الشقاق: كرهه مالك؛ لأنه ليس من عمل الناس، فسواء ضرب للنفقة أجلًا أم لا؟ وعلى قول ابن القاسم: لا بأس به؛ بعيدٌ؛ إذ لا وجه لفساده إلا جهل زمن النفقة، وللزوج الرجوع بها عليه إلى حين فسخ النكاح، أو تصحيحه بمهر المثل.

وفي الموازيَّة لأَصْبَغ: إن طرحت شرطها؛ ثبت النكاح، وقاله ابن القاسم، وهو أيضًا قوله فيما يشبهه، ومشهور قوله فسخه.

المتيطي: التزام نفقته في العقد لغير أجل كمهر مجهول، وفي كونه لأجل كذلك قولا ابن زَرْب، وأبي بكر بن عبد الرحمن قائلاً: لو مات الولد؛ رجعت نفقته لأمه؛ لأنها من مهرها.

المتيطي: ويجب في ذكر النفقة بيان دخول الكسوة أو خروجها؛ لأن من التزمها مجملة، وقال: نويت الطعام فقط في لزومها إياه قولا ابن زَرْب وابن سهل قائلاً: ولا يمين عليه، وقد يتخرج لزوم يمينه من بعض المسائل.

قال: ولو لم ينو إخراج الكسوة؛ لزمته.

وسمع يحيى ابن القاسم: كراهة تأجيله بالبناء، وفي كونه إن وقع كمعلوم أو مجهول سماع يحيى قول ابن القاسم، وروايته مع سَحنون وابن رُشْد عنها، وعن سماع عيسى ابن القاسم مع أَصْبَغ وأبي زيد.

وفي كون قول مالك: لأن وقت البناء معروف عادة، أو لأنه حال قولا ابن القاسم ومحمد قائلاً: لأن للمرأة تعجيله، ورده ابن رُشْد بوجوب تأخيره لما لا يضر بالمرأة إذا دفع نفقتها، وما إلى ميسرة الزوج، وهو معسر.

سمع يحيى ابن القاسم: كمجهول، وإن كان مليًا؛ ففي كونه كذلك أو كمعلوم ثالثها: إن كان معه معجل، ورابعها: عكسه، لابن الماجِشُون، وسماع يحيى ابن القاسم، وتخريج ابن رُشْد من تعليل ابن حبيب قول ابن الماجِشُون وقول ابن رُشْد: عكسه

أشبه، وعلى الثاني في تأخيره قدر توسعة مثله، وكونه حالاً سماع يحيى ابن القاسم، ورواية أَصْبَغ عن ابن القاسم.

ابن رُشْد: ليسا بخلاف؛ لأنه وإن سماه حالاً لابد أن يؤخر قدر ما يتيسر فيه مال دون إفساد ماله، وبيع أصوله بالغًا ما بلغ، كمن أسلف رجلاً سلفًا حالاً لا بد أن يؤخر قدر ما يقصد ذلك عادة.

قُلتُ: وللشيخ عن ابن حبيب عن ابن القاسم: كونه إلى أن تطلبه ككونه إلى ميسرة.

وقول ابن الحاجب: متى أطلق فمعجل؛ هو نص ثاني نكاحها، وظاهر نقل النوادر، وتقدم ما فيه، وفي جواز النكاح والبيع: إن قابله ربع دينار، ولو أعطى الزوج أقل مما أعطته المرأة، ومنعه ككونه بمجهول ثالثها: إن فضل ما أعطاه الزوج على ما أعطته المرأة بربع دينار؛ جاز وإلا فالثاني، ورابعها: هذا إن فضله بكثير لا يقارب أن يستغرقه ما أعطته المرأة لابن رُشْد عن القاضي عن أشهب وسماع ابن القاسم مع قوله وروايته فيها، وقوله ومُطَرِّف وابن الماجِشُون، وعزا اللخمي الثالث لأحد قولي مالك، وذكر الرابع بقيد كراهته ابتداءً.

وعلى **الأول** قال ابن رُشْد: يفض معطى الزوج على قيمة معطى المرأة، ومهر مثلها إن وقع طلاق أو استحقاق، وقول بعضهم: هذا إن قاربت قيمة معطي الزوج قيمة معطى المرأة، ومهر مثلها، وإن فضلتهما، أو نقصت عنهما بكثير جعل للبضع الزائد على قيمة معطي المرأة؛ لحرص الزوج على النكاح في الفضل، والمرأة عليه في النقص حسنٌ لو ساعده الظاهر، وفي كون المشهور؛ لأنه ذريعة لخلو البضع عن المهر أو للتنافي؛ لأن طريق البيع المكايسة، وتجوز فيه الهبة بخلاف النكاح فيهما، فجمعهما يوجب حمل مناب البضع والمبيع.

نقل ابن رُشْد عن أَصْبَغ وغيره، وعلى المشهور قال اللخمي: فوت النكاح إن كان الجل فوت للسلعة، ولو كانت قائمة وفوتها، وهي الجل ليس فوتًا له؛ لأنه مقصود في نفسه.

وسمع سَحنون ابن القاسم: من أنكح ابنته من رجل على إن أعطاه دارًا؛جاز

نكاحه، ولو قال: تزوج ابنتي بخمسين دينارًا، وأعطيك هذه الدار؛ فلا خير فيه؛ لأنه من وجه النكاح والبيع.

ابن رُشْد: يقوم منه معنى خفي؛ وهو جواز اجتماع البيع مع نكاح التفويض بخلاف نكاح التسمية.

قُلتُ: فيه على التعليل بالتنافي نظرٌ، وهو خلاف قول اللخمي: الفرق في المسألتين أنه في الأولى: ملكه العطية قبل النكاح، ثم زوجها بما تراضيا عليه، وفي الثانية: انعقدا معًا، والقياس أنهما سواء؛ لأن العطية إذا تقدمت ليتزوج، فلم يتزوج؛ ردت فصارا كعقد واحد.

والعقد الملزوم للتنافي فاسد مطلقًا؛ لعدم قبوله التصحيح كنقل ابن شاس: تزويج عبده بجعله مهره فاسد؛ لأداء ثبوته نفيه، ولمنافات الملك النكاح لو ثبت بخلاف كون المهر خمرًا.

وللطرطوشي في فصل الطلاق منه نظائر.

وسمع ابن القاسم: من أعتق أم ولده، وأعطاها عشرة دنانير مهرًا، شرطا عليها قبل عتقها؛ فسخ نكاحه ولو بنى، ولها العشرة.

ابن رُشْد: جعل مهر الزوجة عتقها لا يجوز عند مالك وكل أصحابه، وفي كون فساد نكاحه؛ لفساد مهره، فيمضي بعد البناء بمهر المثل، ويجوز إن سمي فيه مهر أو يعقده، فيفسخ ولو بنى، وفيه المسمى ثالثها: أنه ليس بنكاح؛ بل هو شرط لا يلزمها؛ فلا يفتقر لفسخ، فإن بنى بها؛ مضى بمهر المثل لشبهة أنه نكاح، لفضل مع حمله قول ابن حبيب عليه.

وسماع ابن القاسم، وظاهر قول ابن حبيب في الواضحة، وفيه نظرٌ، وقياسه فسخه بعد البناء؛ لانتفاء العقد فيه، وظنهما ثبوته لا يثبته.

ثم قال ابن رُشْد: فساده قيل: لمهره، وقيل: لعقده قبل كمال العتق بما قرن به من شرط، وفيه المهر والإرث لرعي الخلاف، وقيل: لأنه ليس بنكاح؛ لأنه شرط عليها ما لا يجوز، فيفسخ ولو بنى بغير طلاق، ولا إرث فيه، وقيل: إن بنى؛ مضى لشبهة العقد.

وفيها: أيتزوج حرتين في عقد؟ قال: لا أحفظه ولا يعجبني إلا أن يسمى مهر

كل منهما.

قُلتُ: فإن طلق أو مات أيغرم المهر الذي سمى أم يقسم بينهما على مهريهما؟ قال: لا يجوز إلا بتسمية مهر كل منهما، وبلغني إنما كرهه مالك لجهل مهر هذه من هذه، وخرجهما اللخمي على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع قال: والنكاح أخف، وسبقه به ابن محرز، وزاد وأجازه أَصْبَغ، وقال: تعطى كل منهما مهر مثلها؛ يعني من المسمى، وحكاه عن ابن دينار صاحب مالك.

قال الصقلي وسَحنون، عياض وابن نافع، ابن محرز: سواء كان وليهما واحدًا أو متعددًا كمنع الوصي جمع سلعتي يتيمه في عقد واحد حتى يسمي ثمن كل سلعة.

قال: وظاهرها لا مهر فيه إن مات أو طلق لفساده.

وقال بعض المذاكرين: لها ما يخصها من التسمية؛ لأن النكاح أخف من البيع، وخرجه الصقلي على قوله فيمن نكح بدرهمين وطلق: لها نصفهما.

اللخمي: إن سمى، ولم يشترط نكاح إحداهما في نكاح الأخرى؛ جاز، وإلا فإن كان مهر كل منهما ما سمى لها؛ جاز، وإن خالفه وشرط لمن طلقها نصف تسميتها؛ فسد، وكذا البيع بهذه الصفة، وإن شرط؛ فض كل ما سمى على مهري مثليهما، فكما لو أجملهما في مهر، فإن أصدقهما ستين بالسوية، ومهر مثل إحداهما أربعون والأخرى عشرون، فإن طلق ذات العشرين قبل البناء؛ أخذ منها عشرة، وبقي لها عشرون منها عشرة هبة لها من الأخرى، وإن طلق الأخرى؛ أخذ منها خمسة عشر، ومن الأخرى خمسة تمام العشرين.

عياض: أجازه ابن سعدون: ولو كان نكاح إحداهما بشرط الأخرى، وفرق بين النكاح والبيع، ولو تزوج أمتي رجل في عقد واحد أو حرة وأمتها، ففي جوازه بمهر بينهما، أو حتى يسمي مهر كل منهما طريقا أبي حفص وابن محرز قائلاً: لأن المهر مستحق للأمة لا لمالكها.

قُلتُ: والأول بناءً على العكس.

الصقلي وأبو عمران: يجوز نكاح امرأتين في عقد واحد إحداهما بتسمية، والأخرى بتفويض أو كلتاهما به.

وفي ثاني نكاحها: من زوج أمته على أن ما ولدت حر؛ لا يقر نكاحه بحال، ولو دخل، ولها المسمى.

الصقلي عن بعض القرويين: وقيل: مهر المثل كنكاح بمهر مجهول.

قُلتُ: بناءً على أن ما ذكر في العقد داخل في العوضية، أو خارج قيد في العقد، ولازم مهر المثل مضيه بالبناء.

وقول ابن عبد السلام لم ينص في المدَوَّنة على فسخه بعد البناء، إنما قال فيها: لا يقر هذا النكاح؛ يرد بسابق نصها، ولعله اغتر بلفظ أبي سعيد المنتقد بترك أمر مهم.

وقال ابن رُشْد: لا خلاف في فسخه أبدًا إلا أن يدخله الخلاف على ما مضى في رسم (سن).

قُلتُ: هو سماع ابن القاسم: من زوج عبده أمته على أن ولده منها حر؛ فسخ ولو دخل، وولده أحرار.

ابن رُشْد: لا أعرف فيه نص خلاف، ولا يبعد دخوله فيه من فاسد النكاح بشرط لا يجوز كالنكاح على أن لا إرث، أو على أن لا نفقة، أو على أن يأت بالمهر لأجل كذا؛ فلا نكاح بينهما، أو على أنه بالخيار أيامًا أو على أن لا يطأها نهارًا، أو على أن الطلاق بيد غير الزوج في فسخه بعد البناء قولان، وعلى فسخه في كون مهره المسمى أو مهر المثل قولان، وعلى الثاني الثاني فقط، ورده ابن عبد السلام بأنه إنما يتم لو كان كإنكاح فسد؛ لشرطه فساده في مهره، وليس كذلك منه ما فساده له، وما فساده لعقده؛ يرد بأن ما ادعاه ردًا للتخريج هو تأكيد له؛ لأنه سلم انقسامه للأمرين، وكل ما كان كذلك منضمًا لنقل ابن رُشْد: العدل الثقة الحافظ قولاً بأن فاسد النكاح لشرطه يمضي بالبناء؛ لزم قطعًا وجود القول به في شرط حرية الولد كان فاسدًا لعقده أو لمهره، وسبب القولين ما قدمناه.

اللخمي: روى محمد: من زوج أمته على أن ولدها أحرار؛ فسخ نكاحه ولو بنى، وولده أحرارٌ، وولاؤهم لسيدهم، ولا قيمة على أبيهم فيهم.

محمد: إن باعها بعد ذلك، وهي غير حامل؛ فولدها رقيق، وكذا إن لم يبعها وفسخ الشرط أو تفاسخاه، أو رجع السيد فيه قبل حملها؛ لأنه رضيً بفاسدٍ؛ رد قبل وقوعه.

وسمع يحيى ابن القاسم: إنكاح السيد عبده أمته على أن كل ما تلد منه حر؛ يفسخ؛ لأنه وقع بشرط لا يحل، كالأجنبي وما ولدته قبل النظر فيه حر، وكذا ما ولدته بعد موته من حمل في حياته قبل قسم تركته، وما بعد قسمها؛ رق لمن صارت له، ولسيدها بيعها قبل حملها، ولوارثه ذلك، ولو بعد حملها في حياة سيدها، ولو في غير دين.

أَصْبَغ: لا تقسم حتى تضع إلا لدين، أو يخاف تلف المال، وعطب الميراث.

ابن رُشْد: مضى الكلام عليها في رسم الجواب.

قُلتُ: هو سماع عيسى ابن القاسم: من زوج أمته عبده أو غيره على أن أول ولد تلده حر، فولدت من حمل بعد إصداقها أو بيعها؛ سقط شرطها بخروجها من ملكه، وله بيعها، ويفسخ النكاح على كل حال، ولو ولدت من حمل كان، وهي في ملك ربها؛ فولدها حر، وولاؤه له، فإن فاتت في البيع، ولو بحوالة سوق؛ مضت بقيمتها يوم قبضها بحالها على أن ولدها لبائعها لو جاز ذلك وإلا ردت، وإن فات في النكاح؛ رجعت المرأة بما بين قيمتها؛ كعيب بها، وإلا ردت ورجعت بقيمتها.

ابن رُشْد: قوله: يفسخ نكاحها على كل حال؛ خلاف قول ابن الماجِشُون: إن عثر عليه بعد الولادة لم يفسخ، كقول ابن القاسم: إن صح من نكح في مرضه؛ صح نكاحه. قال ابن عبد السلام: في كونه مثله نظرٌ.

قُلتُ: لعله للفرق بأن موجب الفساد في نكاح المريض بان كذبه على منع التعليل بالمظنة المتيقن نفي حكمتها، أو بان ارتفاعه على جواز التعليل بها، وفي شرط حرية الولد بان صدقه، وثبت متعلقه.

ابن رُشْد: وقوله: بيعها أسقط شرطها مثل قولها: إلا أنه استثقل فيها مالك بيعها، وقال: ليف بها وعدها.

قُلتُ: إن قيل: التي استثقل فيها مالك بيعها هي كمسألة كتاب العتق الثاني، وهي من قال لأمته في صحته: كل ولد تلدينه حر، وهذه أقوى من مسألة العتبيَّة؛ لأنه في مسألة العتبيَّة؛ إنما التزم حريتها على تقدير تزويجها، وتزويجها على ذلك غير جائز، ويؤيده ما تقدم للخمي: أن لسيدها الرجوع في ذلك الشرط وإن لم يبعها، ومسألة

كتاب العتق ليس له فيها رجوع ما لم يبعها.

قُلتُ: يرده ما يأتي في سماع يحيى.

ابن رُشْد: وقوله في النكاح بها بعد حملها: غير مستقيم؛ لأنه إن تزوجها على أن الجنين للمرأة، وأعلمها أنه كان أعتقه، أو على أنه حر؛ فسخ قبل البناء، ومضى بعده بمهر المثل، وترد الأمة إن كانت قائمة، وقيمتها إن فاتت على أن جنينها مستثنى لو حل بيعه كذلك، ولو تزوجها، ولم يعلمها بعتق جنينها؛ ردت إن لم تفت بعيب مفسدٍ، ورجعت بقيمتها، وإن فاتت به؛ خيرت في الرجوع بما بين القيمتين كعيب وجدته بها، وفي ردها مع نقص العيب عندها، وترجع بقيمتها صحيحة، فقوله: تفوت بما يفوت به البيع الفاسد غير صحيح، وفي سماع يحيى المتقدم.

قُلتُ: إن قال لأمة له: كل ولد تلدينه حرٌّ؛ أهي كالتي زوجها بهذا الشرط؟.

قال: الشرط في هذا والابتداء سواء، فظاهره عدم استثقال بيعها فيهما معًا خلاف قولها: وشرط ما يقتضيه النكاح فيه غير مكروه؛ لأنه مؤكد له، وشرط ما يناقضه.

اللخمي: كشرط ألا يأتيها ليلاً والأثرة عليها، أو لا يعطيها الولد، أو لا نفقة لها أو لا إرث بينهما في فسخه مطلقًا، أو قبل البناء ثالثها: تخير المرأة، ولو بنى في إسقاطه فيمضي، والتمسك به، فيفسخ لنقل اللخمي، ونقله عن علي بن زياد، وتقدم الأولان لابن رُشْد بزيادة.

ابن حارث: اتفقوا إن بنى في شرط أن لا نفقة لها على ثبوت النكاح، وسقوط الشرط، وإن لم يبن؛ ففيها لا خير فيه.

ابن القاسم: يفسخ.

المغيرة: النكاح جائز، والشرط باطل، وفي شرط أن لا يأتيها ليلاً.

قال ابن القاسم: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بمهر المثل.

محمد: مهر المثل خطأ؛ لأن فساده من غير مهره.

المتيطي: في شرط أن لا ميراث يفسخ قبل البناء، وفي فسخه بعده أحد قولي ابن القاسم وثانيهما.

قال: وروى محمد: لو شرط في تزويج عبده أمة غيره أن الولد بينهما فسخ، ولو

بنى، والولد لربها.

وحكى أبو الفرج أنه بينهما، ولها بالبناء مهر المثل.

بعض الموثقين: إن زاد على المسمى؛ فعلى رواية محمد يسقط الزائد، وعلى قول أبي الفرج؛ لا يسقط لحصول غرض الزوج.

وسمع ابن القاسم: لا خير في تزويج الأب ابنه الصغير على أن نفقة امرأته على الأب.

ابن القاسم: يفسخ قبل البناء، وإن بنى؛ جاز وكانت النفقة على الولد، قيل: فعبده؟ قال: لا خير فيه، ولو كان هذا؛ لجاز في الجهل بالنفقة.

ابن القاسم: قال لي: هذا وشبهه، وأكثر الكلام فيه الكراهة.

ابن رُشْد عن محمد: اختلف قول مالك في شرط النفقة في النكاح على أبي الصغير حتى يكبر، أو ولي السفيه حتى يرشد أجازه مرة وكرهه أخرى، وقال: بهما كثير من أصحاب مالك.

وحكى ابن حبيب: رواية ابن الماجِشُون وابن وَهْب إجازته، وأراد لزوم ذلك ما عاش الأب، والزوج مولى عليه، وإنما هذا الخلاف إذا لم يتبع بيان رجوع النفقة على الصبي، والسفيه بموت الأب قبل بلوغ الصبي، وبموت الولي قبل رشد السفيه أو سقوطها عنهما في ذلك، ولو وقع الشرط ببيان الأول؛ جاز النكاح، ولو وقع ببيان الثاني؛ فسد اتفاقًا فيهما، وعلى فساده.

قال ابن القاسم: وإن بنى؛ جاز النكاح والنفقة على الزوج ولم يبين هل يمضي بالمسمى أو بمهر المثل؟ والأظهر أنه بمهر المثل؛ لأن للشرط أثرًا في المهر إن سمى، وهو الذي في الواضحة، ولو شرطت النفقة في نكاح الكبير المالك أمر نفسه على غيره؛ فسخ قبل البناء.

وروى ابن حبيب: إلا أن ترضى المرأة كون النفقة على الزوج على القول بوجوب التخيير قبل البناء في النكاح بمهر بعضه مؤخر لأجل مجهول، ويثبت بعد البناء، وتكون النفقة على الزوج، ولا يدخل خلاف المسألة الأولى في هذه؛ لظهور الغرر والفساد فيها، ولا يجوز النكاح على إعطاء الزوج بالنفقة حميلًا؛ لأنها ليست بدين ثابت في ذمة

الزوج كالمهر، فإن وقع عليه؛ فسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل وسقطت، ولو وقع في شرط النفقة على غير الزوج رجوعها عليه إن مات من شرطت عليه، أو طرأ عليه دين، أو ما يبطل النفقة عنه؛ جاز النكاح على قياس ما تقدم، وقيل: يفسخ على كل حال قبل البناء؛ لأن شرطها على غير الزوج خلاف السنة، ويمضي بعده بمهر المثل، ويسقط الشرط، وإليه نحا الأبهري، وما قلناه أبين وأظهر.

اللخمي: النكاح بشرط ما يوجب تمليكًا بها؛ فعله بيد الزوج ثابت، وبها بيد غيره كقول السيد: إن بعتك أو بعته فاسد في مضيه، ولو لم يبن مع إسقاط الشرط وفسخه، ولو بنى كالمتعة، ثالثها: هذا إن لم يسقط ذو الشرط شرطه لعبد الملك ومحمد ورواية علي، وبها فعله بيد الزوج على أن الزوجة مصدقة عليه أنه فعله.

روى محمد: لا يحل، فإن نزل مضى، ولها طلاقه.

محمد: كشرطها إن ضربها أو رب خمرًا أو غاب عنها؛ فأمرها بيدها.

اللخمي: ليس شرط تصديقها كضربها؛ لأنه في تصديقها دخل على غرر في بقاء عصمته.

وسمع ابن القاسم: من زوج أجيره جاريته على إن رأى منه ما يكرهه؛ فأمرها بيدها لا يحل، فإن وقع؛ جاز.

ابن القاسم: ولو لم يبن كشرطها إن أضر بها، أو شرب خمرًا، أو غاب عنها؛ فأمرها بيدها، وقاله سَحنون وأَصْبَغ.

وروى سَحنون: من زوج عبده على أن الطلاق بيد السيد إن بنى؛ وقع ما بيد السيد من ذلك، وإلا فرق بينهما إن لم يترك السيد شرطه.

ابن رُشْد: قوله: إن رأى من أجيره ما يكرهه؛ إن أراد مما هو مكروه عند الناس؛ فالنكاح جائز، والتمليك لازم اتفاقًا، وإن أراد عنده، وإن لم يكرهه الناس، ففي مضيه مع كراهته أو دونها ثالثها: النكاح جائز، والشرط باطل، ورابعها: يفسخ ولو بنى، وخامسها: إن بنى سقط الشرط، وإلا فرق بينهما إن لم يسقط مشترط الشرط شرطه لظاهر قول ابن القاسم مع رواية سَحنون، ويحيى وقول أَصْبَغ وقول ابن الماجِشُون على أصله فيما عقد على تمليك بفعل غير الزوج؛ كتزويج أمته على إن باعها، فأمرها

بيدها، أو بيده، وقول محمد على أصله في هذا، ولرواية سَحنون فيمن زوج عبده على أن الطلاق بيد سيده، ولا وجه لقول ابن الماجِشُون؛ لأنه إن أشبه المتعة، فكما قال محمد، وإلا جاز كقول محمد وابن القاسم وسَحنون، وهو أظهر الأقوال، وأما من تزوج على إن رأت منه امرأته ما تكره؛ فهي طالق؛ فهي أشد كراهةً، وتدخلها الأقوال المتقدمة إلا الجواز ابتداءً.

وزاد ابن زرقون عزو الرابع لأحد قولي سَحنون مع محمد.

قال: وسادسها: وفيها يفسخ قبل البناء، ويثبت شرطه بعده، وسابعها: ويسقط شرطه، وثامنها: على أنه من أنكحة الشروط.

نقل اللخمي عن محمد: إن أسقط ذو الشرط شرطه؛ جاز النكاح، وإن لم يبن، وإلا فسخ ولو بنى.

[باب الشرط الذي يبطل في النكاح]

وشرط غير المنافي فيه، وما يقتضيه غير مقيد بيمين مع تسمية المهر[1]، فيها كشرط: لا يتزوج عليها ولا يتسرر.

قال مالك: النكاح جائز، والشرط باطل، قد أجازه سعيد بن المسيب وغير واحد، وفي كونه مكروهًا أو جائزًا ثالثها: يؤدب مشترطه والمجيب والشهود.

للمتيطي عن مالك وكل أصحابه، ونقله قول ابن لبابة: رخص فيه بعض الناس، واشترطه الليث بن سعد في إنكاحه ابنته مع قول ابن زرقون: اختلف في جوازه ابتداءً، وابن رُشْد عن المتيطي عن سَحنون وابن زرقون عن أحد قوليه، والمتيطي عن ابن شعبان.

وسمع ابن القاسم: أشرت على قاض أن ينهى الناس عن النكاح بشرط، وألا

(1) قال الرَّصاع: قوله: (أخرج بالمنافي للعقد إسقاط النفقة، وما شابه ذلك، فإنه يفسد النكاح، وأخرج بما يقتضيه اشتراط النفقة، فإن ذلك لازم مؤكد للعقد، ومثال ما لا يقتضيه العقد، ولا منافاة فيه أن لا يتزوج عليها فهذا ساقط، وأخرج باليمين إذا كان الشرط معلقًا بطلاق وشبهه، فإنه لازم، وأخرج بتسمية المهر نكاح التفويض، فإنه ذكر الخلاف فيه بعد انظره.

يزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته.

وسمع عيسى روايته: لا تنبغي الشهادة في نكاح بشرط، وعلى الأول قال اللخمي: وغيره عن مالك: يستحب وفاؤه به، ولا يجب.

وقول ابن شهاب في الموازيَّة: يجب، وكان من أدركت من العلماء يقضون به أحسن لقوله ﷺ في الصحيحين: **«أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج»**[1].

ابن بشير: حكى اللخمي أنه يجبر على الوفاء به كأنه المذهب، والمذهب خلافه.

قُلتُ: إنما ذكره في التبصرة عن ابن شهاب حسبما مر.

وشرطه مقيد بيمينٍ، أو تمليكٍ في العقد مع تسمية المهر دون ذكر حظ شيء منه فيه الثلاثة، ورابعها: يفسد العقد، فيفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بالمسمى.

لابن رُشْد عن سَحنون مع ابن زرقون عن أحد قوليه.

قال اللخمي: أجازه سَحنون: وزوج أمته غلامه على إن سرق زيتونة كان أمر امرأته بيده، وقبلوه إلا ابن بشير.

قال: إن أخذه من فعله؛ فلا يدل فعله على أن مذهبه الجواز؛ لأنه قد يستخف مثل هذا للضرورة، وأيضًا فلا يدل فعل بشر على جواز فعل، ولزومه إلا من وجبت عصمته.

ابن رُشْد: ورعي قول سَحنون: مضى العمل في كتب الشروط في الصدقات على الطوع.

قُلتُ: ونهي مالك عن الشهادة في نكاح بشرطٍ.

المتيطي: في تعليل النهي عنه بأنه حلف بغير الله، أو بحط المرأة من مهرها لأمر تشك في حصوله قولا بعض الشُيُوخ، ومقتضى قول سَحنون.

---

(1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه رقم (10631)، وأحمد: 150/4، والبخاري: 2721 في الشروط: باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، وأبو داود، رقم (2139) في النكاح، باب في الرجل يشترط لها دارها، والنسائي: 6/92-93 في النكاح، باب الشروط في النكاح، والطبراني: 752/17 من طرق عن الليث به.

قُلتُ: وعليهما كراهته في نكاح التفويض ونفيها، ولما ذكر ابن عبد السلام تعقب ابن بشير على أخذ اللخمي من فعل سَحنون قال: الذي وجدت في التبصرة هو ما نصه: قال سَحنون فيمن زوج غلامه أمته على إن سرق من الزيتون إلخ: وإذا كان هكذا؛ فهي فتوى بالجواز، ودعوى أن ذلك كان لضرورة لا يلتفت إليها إلا بدليل.

قُلتُ: الذي وجدته في التبصرة في غير نسخة واحدة منها نسخة عتيقة مشهورة بالصحة آثار المقابلة عليها واضحة ما نصه: وأجازه سَحنون ابتداءً، وزوج غلامه أمته إلخ، وإذا كان هكذا؛ فهي فتوى بالجواز، وهذا مثل ما ذكره ابن بشير نصًا سواء، ثم رد ابن عبد السلام: قول ابن بشير بما حاصله: أن فعل العالم المتأهل للفتوى دليل على اعتقاده جواز ما فعله لا سيما المعروف بالورع كدلالة فتواه بذلك.

قُلتُ: لهذا تلقى غير واحد من الشُيُوخ قول اللخمي بالقبول.

الشيخ عن المجموعة: روى ابن نافع: من تزوج امرأة على أن كل أمة يتسررها فهي لها؛ لم يلزمه.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: النكاح على إن تسرر عليها؛ فالسرية صدقة عليها يفسخ قبل البناء، فإن بنى؛ بطل الشرط ولا قول لها.

ابن رُشْد: قوله: لا صدقة لها؛ صحيح على قولها، وهو المشهور في الصدقة بيمين على رجل بعينه لا يحكم بها، وحكم للنكاح بحكم فاسد المهر؛ لأن للشرط تأثيرًا فيه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بمهر المثل، هذا إن كانت التسمية في العقد على الشرط، وإن تزوجها على الشرط نكاح تفويض، ثم بعد ذلك سمى المهر؛ فالنكاح ثابت، والمهر المسمى لازم، والشرط باطل، ولمحمد بن دينار في المدنيَّة: لزوم الشرط وإن أعتقها بعد أن اتخذها؛ بطل عتقه، وكانت لها صدقة.

قال: وإن شرط إن اتخذها؛ فهي صدقة عليها أو حرة، فاتخذها كان مخيرًا بين عتقها والصدقة بها.

ولابن نافع: من باع سلعة من رجل، وقال: إن خاصمتك فيها؛ فهي صدقة عليك، فخاصمه فيها أن الصدقة تلزمه، فعلى قولها بلزوم الصدقة بالشرط ينبغي أن يكون النكاح جائزًا، والشرط لازمًا كسائر الشروط اللازمة.

واستدل بعض الشُيُوخ من هذه المسألة على أن من التزم لامرأته إن تسرر عليها، فأمر السرية بيدها إن شاءت باعتها عليه، أو أمسكتها له أن البيع لا يلزمه فيها، خلاف قول ابن العطار، ووجه هذا الاستدلال: أن الصدقة إذا كانت لا تلزمه؛ فأحرى ألا يلزمه البيع، وليس بالبين؛ لأن المعنى في الصدقة والبيع مفترق، والوجه في عدم لزوم البيع أنها وكالة عليه، وللموكل عزل الوكيل متى شاء، هذا ما حفظناه عن الشُيُوخ، ولا يبعد عندي أن لا يعزلها؛ لأنها لما نكحته على ذلك، فقد أخذ عليها عوضًا؛ فلزمه كالمبايعة.

وسمع ابن القاسم: من خطب امرأة على إن تزوج عليها أو تسرى؛ فهي طالق وحضره شهود، ثم تفرقوا، وترك ذلك، وقد شهدوا على إقراره، وكتبوا به كتابًا أخذته المرأة، ثم خطبها بعد ذلك، فتزوجها بشهود أخر، فطلبته المرأة بالشرط، فقال: تركت الأمر الأول، ونكحت نكاحًا آخر دون شرط؛ فالشرط لازم إلا أن يقيم بينة بذلك.

ابن رُشْد: معناها: أن نكاح الخطبة الأولى لم يتم بعد كتب الشروط، وقبض المرأة الكتاب تنظر فيه، ثم بعد ذلك تزوجها دون ذكر الشروط، فألزمه إياها؛ لأن خطبته باقية مبنية على الأولى إلا أن تشهد بينة أنه إنما خطبها على غير شرط، ولو قارن شرطٌ ما لا عقد يمين فيه حط شيء من المهر، ففي استحباب الوفاء به ووجوبه ما تقدم، وعلى المشهور في نكاحها الأول: من نكح على ألا يتزوج عليها، أو لا يتسرر أو لا يخرجها من بلدها؛ جاز النكاح، وبطل الشرط، وإن وضعت عنه لذلك من صداقها في العقد؛ لم ترجع وبطل الشرط إلا أن يكون فيه عتق أو طلاق، ولو شرطت عليه هذه الشروط بعد العقد، ووضعت عنه لذلك بعض صداقها؛ لزمه ذلك، فإن أتى شيئًا من ذلك؛ رجعت عليه بما وضعت.

وسمع القرينان: من نكحت بأربعمائة دينار على وضع نصفها، ولا يخرجها من المدينة، ثم طلبت ما وضعت لإرادته إخراجها إن سمى لها أكثر من مهر مثلها؛ فلا رجوع لها عليه بشيء مما وضعت، وإن سمى قدر مهر مثلها؛ فله إخراجها، وترجع بما وضعت.

ابن رُشْد: ظاهر هذه الرواية؛ إنما وضعت في العقد للشرط من مهر مثلها لا

يلزمها، كما لا يلزمه الشرط، وأن لها ما وضعت، ولو وفى لها بشرطها، وهو قول ابن كنانة وروايته، ومثله لابن شعبان في مختصر ما ليس في المختصر خلاف رواية علي بن زياد في المدَوَّنة: أنها ترجع بما وضعت من مهر مثلها إذا لم يف بالشرط، ورواية ابن القاسم.

وقوله: إن ما وضعته من مهر مثلها، والشرط ساقطان عن الزوج، وقيل: لا تتم له الوضيعة من المهر، ولو زاد على مهر المثل إلا بالوفاء بالشرط، حكاه ابن حبيب عن بعض الناس، وعن مالك: إن وضعت في العقد من مهرها شيئًا لشرط؛ سقط الشرط وردت لمهر مثلها، والقياس فسخه إلا أن يبني، فيسقط الشرط، ويمضي النكاح بمهر المثل إلا أن ينقص عن المسمى؛ فلا ينقص منه شيء، وكذا يلزم على قياس هذا القول إذا تزوجها بكذا وكذا على أن لها شرط كذا، والمشهور جواز النكاح، وسقوط الشرط، وما وضعته بعد العقد من المسمى لشرط لا يتم له إلا به، وما شرطته في العقد دون تسمية مهر ساقطٌ، والنكاح لازم اتفاقًا فيهما، فإن نكح دون شرط، ثم سمى المهر على الشرط؛ سقط الشرط، ووفيت تمام مهر المثل إن نقصت التسمية عنه.

قُلتُ: زعمه أن ظاهر الرواية كقول ابن كنانة بعيدٌ جدًا فتأمله.

اللخمي: ما وضعته بعد العقد لها الرجوع به إن لم يف بشرطها وتركها لمثل هذا أجازه مرة.

وقال في مختصر ما ليس في المختصر: من أعطته زوجته عبدًا على ألا يتزوج عليها ذلك باطلٌ، وعليه قيمته إن مات بيده.

ولابن كنانة فيمن اشترت من زوجها سكناها مع أبويها، وعلى ألا يخرجها عنهما بمائتي درهم اشترت ما لا يشترى يرد الدراهم، ويرتحل بها حيث أراد، وأنكر قول ابن القاسم بإجازته.

وروى ابن كنانة: من وضعت من مهرها بعد العقد على أن لا يطلقها البتة إن طلقها البتة؛ رجعت عليه بما وضعت؛ لأنها اشترت ما لا يشترى له أن يطلقها أو يمسكها، وهذا أحسن قوليه؛ لأنه إذا لم يجبر على الوفاء؛ فسدت المعاوضة لصيرورتها تارة بيعًا، وتارة سلفًا، وعلى قول ابن شهاب يجوز ويجبر على الوفاء بالشرط.

المتيطي: لو وقع الشرط محتملاً؛ لكونه في العقد أو بعده طوعًا، ففي حمله على الأول أو الثاني قولا أبي الوليد محمد بن عبد الله بن مقبل، وابن العطار.

وقال بعض الموثقين: المعتبر عرف البلد في ذلك، فإن لم يكن عرف؛ فالثاني، وهذا الخلاف إنما هو في التمليك دون غيره؛ لأنه الذي يختلف حاله فيهما لا من أكره فيما كان فيه في العقد بخلاف ما كان بعده على المشهور.

وقال الباجي في سجلاته: قيل: ليس القضاء إلا بواحدة بائنة، كان في العقد أو بعده.

وقال سَحنون عن قوم: هي رجعية.

وفي أجوبة ابن رُشْد: إن كان عرف البلد في الشروط أنها في العقد؛ فهي على ذلك، وإن كتبت في الصداق على الطوع؛ لأن الكتاب يتساهلون، وهو خطأ من فعلهم.

وفيها: إن نكحها بألف على إن كانت له امرأة أخرى؛ فمهرها ألفان؛ لم يجز كالبعير الشارد، وليس لما يفسد به النكاح من الشروط حد.

وفي سماع أَصْبَغ ما نصه: سمعت أَصْبَغ قال: من تزوج بشرط ألا يسيء إلى امرأته، فإن فعل؛ فأمرها بيدها، فتزوج عليها، أو تسرر لا أراه إساءة إلا أن يكون ذلك وجه ما يشترطون، ويأخذون عندهم بظاهر معروف أن الإساءة في هذا الشرط النكاح، وإلا فلا، وضربه إياها فيما تستأهله الضرب الخفيف غير إساءة، وما كان على غير ذلك ضر بها مرارًا رأيته إساءة، وكذا ما أفرط من أمر وإن كان غير مزر.

ابن رُشْد: ضربها أدبًا غير إساءة إذا علم سبب أدبها ببينة أو بإقرار، وإن أكذبته؛ لم يصدق عليها، ولها الأخذ بشرطها بعد يمينها أنه ضربها على غير سبب يوجب أدبها إلا الرجل الموثوق بدينه وأمانته وفضله فيصدق، والضرب المفرط والمتكرر إساءة إلا أن يتبين أنه لأمر تستأهله، ولما كانت غيبة الزوج التارك نفقة زوجته لا توجب عليه طلاقًا إلا بطول غيبته جدًا حسبما يذكر في الإيلاء إن شاء الله تعالى كان شرط التمليك بالغيبة أكثريًا شرطه عندهم.

ابن فتوح، وابن فتحون، وغيرهما: أصل تحديد الناس المغيب ستة أشهر جواب سؤال عمر رضي الله عنه ابنته حفصة عن أقصى صبر المرأة عن زوجها قالت: أربعة أشهر أو

ستة، فقصر مدة بعث الغزو عليها.

المتيطي: وذكره مالك في العتبيَّة.

قُلتُ: هو سماع ابن القاسم: من كتب لامرأته يخيرها لطول إقامته خرج من المأثم.

وسأل عمر حفصة: كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: أربعة أشهر أو ستة.

ابن رُشْد: هذا أصل كتبهم في الشروط ألا يغيب أكثر من ستة أشهر.

قُلتُ: وفيه دليل جواز سؤال الرجل ابنته عن مثل هذا، ولعل عدول عمر ﷺ في سؤاله عن زوجته لابنته؛ لأن خبرها أوثق لبلوغها سن من يدرك ذلك، ويعرفه أو لغير ذلك.

المتيطي: إلتزام أكثر الموثقين فيه ستة أشهر غير لازم، والمعتبر ما اتفقا عليه.

قُلتُ: ما لم يقل جدًا؛ لأنه يصير من شرط التمليك بسبب من غير فعل الزوج وتقدم فساد العقد به، ولذا منع في كتاب الخيار تحديده بغروب الشمس من آخر أيامه قائلاً: أرأيت إن حبسه سلطان.

المتيطي، وابن فتحون: استحسن بعض الفقهاء أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ الآية [البقرة: 226].

قُلتُ: يرد بأن هذا فيما لا عذر فيه للزوج ولا مانع؛ ولذا عدل عمر ﷺ لسؤال ابنته دون البناء على مقتضى الآية الراجح على غيره، واستثناؤهم في شرط المغيب غيبة سفر الحج حسن ليس بلازم.

ابن فتوح: إن شئت؛ قربت أمده العامين ونحوهما أو طولت، وبعد أن وقته المتيطي لثلاثة أعوام قال: ليس ذلك بلازم إن شئت قربت أو طولت، المعتبر قدر مدة ذهابه من وطنه للحج ورجوعه عادة، وكتبهم في استثنائه إلا غيبة سفر الحج قاصدًا له من وطنه معلنًا به؛ لأن تركه يمنع أخذها عند تمام ستة أشهر مدة الغيبة؛ لاحتمال كون غيبته أولاً لغير الحج ستة أشهر إلا يومًا، ثم صار للحج قبل تمامها؛ فلا أخذ لها حينئذ إلا بمضي المدتين.

ونقل المتيطي، وابن فتوح، وابن فتحون: يستحسن لفظ ألا يغيب عنها غيبة

متصلة قريبة ولا بعيدة، فلفظ متصلة احترازًا من غيبته المدة منقطعة بإقامته أثناءها، قيل: لها القضاء فيها، فمتصلة بيان للغوها منقطعة، ولفظ قريبة أو بعيدة؛ لأنه إن أسقط قريبة؛ فلا قضاء لها فيها إن كان بعمل سلطانها، وإنما حقها في بعث الإمام إليه.

ابن عات عن ابن مغيث: يكتب إليه بأن يقدم أو يقضى عليه، وإن كان في عمل سلطان آخر، ففي كونه كذلك، وثبوت القضاء لها بشرطها طريقا ابن فتحون مع ابن فتوح والمتيطي، ونقل ابن عات عن ابن مغيث، وإن ثبت لفظ قريبة؛ فلها القضاء بها، ولو في بريد إن كانت بعمل سلطان آخر، وإن كانت بعمل سلطانها؛ ففي كونها كذلك، وقصر حقها على كتب السلطان إليه، كما لو غاب بطرق مصرها.

نقل المتيطي عن ابن لبابة قائلاً: لها أن تطلق نفسها بشرطها، ولو كان بمصرها، وقضى به عمر بن عبد الله، وقول غير واحد من الموثقين مع المشهور المعمول به، وكتب قبل البناء أو بعده برفع الخلاف لو لم يكتب، وعاب قبل البناء، ففي ثبوت أخذها به نقلا المتيطي عن بعضهم مع أبي عبد الله الباجي وابن القاسم وبعضهم.

قال بعض الموثقين: ولو قال الزوج: نويت الغيبة بعد البناء فقط؛ وشرطه على الطوع، هل ينوى أم لا؟.

والصواب: ألا ينوى لادعائه خلاف ظاهر عليه بينةٌ فيه، وكتب طائعًا أو مكرهًا برفع الخلاف فيه مكرهًا لو أسقط، ففي ثبوت أخذها نقلاه عن ابن لبابة مع جماعة إلا أن يكون ذلك في الصداق إلا من عذر، وعن أشهر المذهب مع ابن زَرْب وابن حارث والأصيلي وغيرهم.

قُلتُ: عموم الشرط في إكراهه يصيره من شرط التمليك بسبب من غير فعل الزوج.

وقال ابن عات عن ابن عبد الغفور: اختلف فيه أهل طليطلة، وأهل قرطبة، فقال محمد بن عبد الله القرشي، وأبو عيسى بن أبي عيسى، وأبو محمد ابن إبراهيم الأصيلي: لا أخذ لها.

وقال حسين بن محمد بن نابل، وابن الرقدي، وابن حماد، وابن زهر شيخ ابن مغيث: لها الأخذ.

ابن عات عن ابن مغيث: إن خرج لغزوٍ طوعًا فأسر؛ فلها الأخذ بشرطها، قاله كل شُيُوخنا: ابن بدر[1] وابن رافع رأسه[2] وغيرهم.

المتيطي عن بعض الموثقين: إن غزا في عسكر مأمون غزوًا يمكنه الرجوع منه قبل انقضاء مدة المغيب، فهزم الجيش، وأسر الزوج حتى مضى أجل المغيب؛ فلا أخذ لها؛ لأنه غرر بنفسه؛ لقولها: من سافر في صوم ظهارٍ أو قتلٍ فمرض، فأفطر بنى إذا صح؛ لأنه فعل ما يجوز له، وقول ابن القاسم أحب إلي أن يبتدئ احتياطًا لا وجوبًا.

قال: وينبغي على أصولهم إن سافر لما يرجع منه قبل انقضاء أمد الغيبة، فحبسه

(1) هو: محمد بن أحمد بن بدر الصدفي أبو عبد الله، من أهل طليطلة، روى عن أبي إسحاق: إبراهيم بن محمد بن حسين، وأبي جعفر بن ميمون وغيرهم.وكان مقدمًا في فقهاء طليطلة، وحافظًا للمسائل، جامعًا للعلم، كثير العناية به، ووقورًا، وكان يتخير للقراءة على الشُيُوخ لفصاحته ونهضته، وقد قرأ الموطأ على المنذر بن المنذر في يوم واحد، وكان أكثر كتبه بخطه، توفي رحمه الله سنة: 447هـ.
وانظر ترجمته في: الديباج المذهب، ص: 378.

(2) يعرف بهذا اللقب أربعة من فقهاء طليطلة وهم:

1- **محمد بن عثمان** بن عباس، سَمِع من: محمد بن وضَّاح، وابن القَزَّار ونظرائهما، توفي رحمه الله سنة: 302هـ.

وانظر ترجمته في: تاريخ علماء الأندلس: 2/26.

2- **قاسم بن أحمد** بن محمد بن عثمان **التجيبي**، **أبو محمد**، سمع من قاسم بن أَصْبَغ، وابن أيمن، وابن الشاط وغيرهم، تفقه عنده جماعة، وسمع منه بن الفرضي وغيره، توفي رحمه الله سنة: ت 393هـ.
وانظر ترجمته في: الديباج المذهب، ص: 322، تاريخ علماء الأندلس: 1/412، تاريخ الإسلام: 27/289.

3- **أحمد بن قاسم** بن محمد بن يوسف **التجيبي**، **أبو جعفر**، روى عن الخشني محمد بن إبراهيم، وكان حافظًا للفقه رأسًا فيه شاعرًا مطبوعًا، بصيرًا بالحديث وعلله، عارفًا بعقد الشروط، وكانت له حلقة في الجامع، توفي رحمه الله سنة: 403هـ.
وانظر ترجمته في: الصلة لابن بشكوال: 1/56 برقم (111)، تاريخ الإسلام: 30/76.

4- **عثمان بن عيسى** بن يوسف **التجيبي**، **أبو بكر**، روى عن محمد بن إبراهيم الخشني وغيره، وكان من أهل العلم البارع والذهن الثاقب، حافظًا لرأي مالك رأسًا فيه، موثقًا.
وانظر ترجمته في: الصلة لابن بشكوال: 2/385، برقم: (874)، الديباج المذهب، ص: 288، تاريخ الإسلام: 29/503.

مرض أو سجن لا يقدر على رفع موجبه أو فتنة، أو فساد طريق أن يكون معذورًا.

قُلتُ: ونحوه نقل ابن عتاب: أجاب ابن رُشْد فيمن خرج لسفر قريب، فأسره العدو، فأقام في يده أكثر من سنة، وشرطه ألا يغيب سنة لا أخذ لها بشرطها لقولها: من وجبت له شفعة، فخرج بعد وجوبها مسافرًا لما يرجع منه قبل انقضاء ما يقطع شفعته، فمنعه من رجوعه مانع حتى انقضى أمد ما يقطع شفعته أنه على شفعته إذا حلف هذا إن تعرض للخروج، ولو أسر من قطره دون خروج؛ فهو أعذر، وقول أحمد بن خالد: لها الأخذ بشرطها إذا أسر من سفر؛ مخالف لقوله: ظاهر المدَوَّنة.

قُلتُ: قد يفرق ابن خالد بأن بقاء الشفيع على شفعته غير موجب بقاء ضرر على المشفوع عليه، وبقاء الزوج على حقه يوجب على المرأة، أو بإنتاج تمسك ابن رُشْد بمسألة الشفعة عكس دعواه؛ لأنها دالة على ترجيح حق الأخذ، وهو الشفيع لدرء ضرر الشركة على المأخوذ منه، وهو المشتري الداخل على الأخذ منه، والآخذ في مسألة الشرط لدرء الضرر عنه هو الزوجة، والمأخوذ منه هو الزوج الداخل على الأخذ منه بما شرطه على نفسه.

ابن الهندي والباجي: وإن قيد شرط المغيب بكونه بموضع كذا؛ فلا أخذ لها بمغيبه بغيره، وإن أطلق؛ فلها الأخذ مطلقًا.

قُلتُ: ولذا قال ابن فتوح: إسقاط ما يعقد الناس من المغيب بكونه بالأندلس أحوط للمرأة؛ لأنه إن غاب للعدوة؛ لم يلزمه شرط المغيب؛ إذ ليس بالأندلس.

قُلتُ: قد يقال: غيبته بالعدوة أشد، وأبعد منها بالأندلس، فيستلزم شرطه شرطه، وأخذها بشرطها لغيبته إحدى المدتين ثابت إن كان كتبه بلفظ إن زادت غيبته على المدتين أو إحداهما، وإلا فلا أخذ لها إلا بهما معًا، وأخذها بشرط مغيب ستة أشهر إلا غيبة الحج إن قامت بغيبته مدة الستة، فإن كان في الكتب إلا غيبة سفر الحج قاصدًا له من وطنه معلنًا به؛ فلها القيام والأخذ به، وإلا فلا حتى تمضي مدة غيبة الحج؛ لاحتمال غيبته أولاً ستة أشهر إلا يومًا، ثم سافر للحج.

قال بعض الموثقين: وينبغي ألا يبيح لها الحاكم الأخذ بشرطها حتى يأمر بالبحث عنه عند جيرانه، وأهل مسجده، ومن يظن علمه به إلى أقصى ما يمكن من ذلك.

قال بعض الموثقين: ينبغي إن كان في شرطها قريبة أو بعيدة، فغاب في غير الحج أكثر من ستة أشهر غيبة قريبة أن لها أن تطلق نفسها، اتفق العملان أو اختلفا، وإن أرادت حكم السلطان بذلك؛ لم يقض لها إلا بعد إحضاره والإعذار إليه، اتفق العملان أو اختلفا؛ لأنه لا يقضي على الغائب إلا في الغيبة البعيدة.

ابن الهندي: إن قيد شرط الغيبة ببلد بعينه؛ فالشهادة المعتبرة في إثباته الشهادة بأنه غاب تلك المدة بها، وإن شهدوا أنه غاب بحيث لا يعلمون؛ فلا قضاء لها إلا بمضي مدة الستة ومدة سفر الحج.

الباجي: هذا غلط؛ لأن الشرط الغيبة ببلد خاص؛ فلا أخذ لها إلا به، ومضي المدتين تجهل البينة محل غيبته لا تثبته؛ إذ له الغيبة ما شاء بغير البلد المذكور، وكتب: والقول قولها في المغيب، وانقضائه بعد أن تحلف في بيتها في الواجب عليها يسقط عن الزوجة إثبات المغيب عند الحاكم؛ إنما عليها إثبات الزوجية والشرط، ثم يأمرها بالحلف في بيتها أو في أقرب جامع إليها إن لم تشترط اليمين في بيتها.

قُلتُ: الواجب إن لم تشترطه حلفها حيث يجب الحلف.

قال: فإن كانت تخرج نهارًا؛ حلفت نهارًا وإلا فليلاً، ثم يبيح لها تطليق نفسها، فلو أسقط لفظ في الواجب عليها؛ ففي حلفها في كل ما يجب عليها ببيتها، ولزوم يمينها فيما سوى المغيب، وانقضائه في الجامع قولا ابن العطار وابن الفخار متعقبًا قوله، وعليه قال: تخير في حلفها يمينين يمين المغيب، وانقضائه في بيتها، ويمين ما سواه في الجامع أو كلتيهما فيه على المشهور في جمع الدعاوى، وإن كثرت في يمين واحدة، وصوب بعض الموثقين الأول؛ لأن مراد الزوج حلفها يمينًا واحدة حيث ذكر.

وفي إعمال شرط تصديقها دون يمين في المغيب والرحيل والضرر، أو فيهما دون المغيب نقلا ابن عات عن ابن فتحون، وابن عبد الغفور، وقال في سماع عبد الملك من كتاب التخيير: كان ابن دحون يفتي بإلغاء شرط التصديق في الضرر بعد قوله: لا خلاف في إعماله إن لم يكن شرطًا في العقد.

المتيطي: وكتب: ولها التلوم عليه، والانتظار ما أحبت لا يسقط ذلك شرطها يفيد رفع الخلاف إن لم تأخذ بشرطها عند انقضاء أمد الغيبة، فإن لم يكتب؛ ففي سقوط

شرطها بعدم قضائها في المجلس الذي وجب لها فيه التمليك وبقائه ما لم توطأ.

قال ابن رُشْد: ثالثها: إن تأخر قضاؤها أكثر من شهرين لسماع يحيى ابن وَهْب مع سماع زونان أشهب، وسماع عيسى ابن القاسم في كتاب النكاح قائسًا على قول مالك في المواجهة بالتمليك، وسماع ابن القاسم، وعليه في وجوب حلفها ما سكتت تركًا لخيارها رواية محمد مع ابن عبد الحكم عن ابن القاسم في سماع عيسى، وسماع ابن القاسم قال: وهما جاريان على الخلاف في وجوب يمين التهمة.

المتيطي عن بعض الموثقين: بالأولى جرت الأحكام واستمرت الفتيا، وعزا المتيطي ثاني الثلاثة لعبد الملك في الثمانية، ورابعها: هذا مع يمينها ما سكتت تركًا لحقها، وخامسها: كابن وَهْب إلا أن تشهد عند الأجل أنها باقية على حقها؛ فهو بيدها دون يمين له.

عن ابن نافع وابن كنانة، وسادسها: قال: روى محمد: إن طال بعد الشهرين؛ فلا قول لها إلا أن تشترط عند انعقاد الأجل أنها تنتظر أجلاً آخر؛ فذلك بيدها إلا أن تتأخر بعد الأجل الثاني أكثر من شهرين، فذلك رضى بإسقاطها ما بيدها إلا أن تشهد أنها على شرطها؛ فذلك لها، ولو بعد عشرين سنة.

قُلتُ: كذا وجدته في المتيطية، وفي النوادر ما نصه عن الموازيَّة.

قال مالك: لو أشهدت عند الأجل أني أنتظره ستة أخرى أو أكثر؛ فذلك بيدها، فما أخرته قرب أو بعد.

قال مالك: وكذلك إن قالت: أنتظره، وأنا على رأيي؛ فذلك بيدها أبدًا، ولو أقامت عشرين سنة لا تحتاج إشهاد ثان لها القضاء متى شاءت، وإن جعلت لتأخيرها وقتًا، ثم أخرت القضاء بعده بأكثر من شهر؛ لم يكن لها بعد قضاء، وإن طلقت قبل وفاء الأجل؛ لم ينفعها أن تشهد: إذا حل الأجل، فقد اخترت نفسي.

المتيطي عن بعض الموثقين: إن ذكر في الشرط، ولها التلوم كما تقدم؛ فهي على شرطها، ولو طال تلومها، وفي أخذها بشرطها دون أن تزيد في يمينها أن تلومها؛ لم يكن تركًا لشرطها قولان لابن القطان محتجًا بأن جعل الزوج ذلك بيدها يسقط عنها اليمين أن تلومها؛ لم يكن طرحًا لشرطها مع غيره من الشُيُوخ المتقدمين، والباجي وابن

العطار، وأشار المتيطي لمسألة في أحكام ابن سهل؛ وهي امرأة قامت برسم مغيب حاصله شهادة شهود بمعرفة عين زوجها واسمه وغيبته عن زوجته عاتكة منذ عام أو نحوه بحيث لا يعلمون، وأنه كان منذ كذا أشهدهم أنه طاع لها إن غاب عنها غيبة متصلة أكثر من ستة أشهر في غير سفر حجة فرضه ثلاثة أعوام، وزادت غيبته على الأجلين أو أحدهما؛ فأمرها بيدها، والقول قولها في المنقضي من أجليها، أو أحدهما بعد حلفها بالله لغاب عنها أكثر مما شرطه لها، ثم تقضي في نفسها ما أحبت، ولها التلوم عليه ما أحبت لا يقطع تلومها شرطها، ويعرفون أن غيبته في غير سفر الحج، وأن نكاحهما باق إلى الآن.

وفي شهادة الثالث والرابع، ولا يعلم انصرافه إليها إلى الآن، وفي شهادة الرابع صلة أنه يعرف مغيب الزوج بإشبيلية، وثبت عند القاضي مع ذلك قول الزوجة أنها تريد الأخذ بشرطها، وحلفت في بيتها لعذر منعها الخروج أن زوجها فلان لم يؤب إليها منذ غاب عنها، وما سكتت المدة المذكورة إلا تلومًا عليه، وثبت حلفها عنده، فشاور في ذلك القاضي الفقهاء، فأجاب ابن عتاب: كان القاضي أبو المُطَرِّف يضعف شهادة الشاهد بحيث لا يعلم، لا سيما إذا طالت مدة المغيب، وأعملها بعض القضاة وأجازها، وشهادة بعض شهود الرسم أنه بإشبيلية يوجب الإعذار إليه إن لم يتعذر، فإن تعذر؛ فالعقد مفتقر إلى تصحيحه؛ لأن فيه تناقضًا في صورة أنه بحيث لا يعلمون، وفي آخره أنهم يعرفون مغيبه في غير سفر الحج، فإن لم يعلموا مغيبه، فكيف يشهدون أنه في غير سفر الحج، فإذا صح العقد يرفع هذا التناقض أنفذ الحكم بالطلاق، وأرجئت حجة الغائب إذا تعذر الإعذار، وأجاب أبو عمر بن القطان: الشهادة بالمغيب ناقصة حتى يقول الشهود أن المغيب بعيد بحيث لا يعلمون؛ لجواز كونه قريبًا بحيث لا يعلمون، ورأيت الشهود قطعوا ببقاء العصمة بينهما لوقت شهادتهم، وبالمغيب أنه في غير سبيل الحج، والشهادة في هذا بقطع لا تنبغي؛ إنما يشهد به على العلم، وقول الشهود أنهم يعرفون يعطي القطع؛ فلا تجوز هذه الشهادة، ولا يسجل بها.

وحلف المرأة أن سكوتها في المدة المذكورة وتلومها لم يكن إسقاطًا لشرطها تحليف

لها على ما لا يجب لها؛ لتقدم إشهاد الزوج أن لها التلوم عليه ما أحبت، ولا يحكم إلا بما لا بد منه، وعلى ما أجبت فقهاء الشُيُوخ المتقدمين وفتواهم، وشهادة الشاهد أنه يعرف مغيب الزوج، ولا يعلم رجوعه لها إلى الآن لا يوجب حكماً إن لم يشهد غيره بمثله أكثر من الثاني في أمره، وذكر يمين المرأة في بيتها؛ لعذرٍ دون بيانه غير مجزئةٍ بحال حتى يبين.

ابن سهل: زيادة المرأة في يمينها إنما سكتت تلومًا لا إسقاطًا لشرطها أثبتها ابن العطار، وأسقطها ابن الهندي كابن القطان، واحتجاجهما بأن البينة شهدت بها غير بين؛ لأن الشهادة بها لا تمنع وجوبها كيمينها على غيبته أكثر مما شرطه لها وما رجع إليها، وكيمينها في تطليقها بعدم النفقة ما ترك عندها شيئًا، ولا أرسل إليها، وكيمين مستحق غير الربع ما باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه، وكيمين من شهد له بحق على ميت، أو غائب مع شهادة البينة بذلك في الجميع، وكذا نص عليه ابن أبي زَمَنَيْن في يمينها لأخذها بشرطها في المغيب في سجل القضاء به.

قال: وشاور القاضي فلان من وثقه من أهل العلم، فأشاروا بذلك، فهذا نص في ذلك ممن هو حجة مع موافقة ابن العطار له فيما ذهبنا إلى بيانه، ولو انتقد أبو عمر على نفسه في جوابه أن الشهادة ناقصة حتى يقولوا: أن المغيب بعيدٌ بحيث لا يعلمون كان أولى؛ لأنه لم يقله أحد، وهو متناف في نفسه؛ لأن قوله: أن المغيب بعيدٌ؛ يقتضي علم مكانه، وقوله: بحيث لا يعلمون؛ يقتضي نفيه، وقد سمعت إنكاره عليه.

قُلتُ: قوله: لأن قوله: أن المغيب بعيدٌ يقتضي علم مكانه؛ ليس كذلك؛ لأن علم بعد مكانه يحصل بالقطع بعدم قربه، وهو أعم من علم مكانه وجهله، والأعم لا يشعر بالأخص.

المتيطي: لا حجة لابن سهل على ابن القطان فيما احتج به إلا ما نقله عن ابن أبي زَمَنَيْن، ولعل أبا عمر لا يسلمه، وقول أبي عمر متعقب بغير ما تعقبه ابن سهل، وهو أن يقال: إنما يكتب «ولها التلوم عليه ما أحبت»؛ احترازًا من القول بسقوط شرطها بسكوتها عند الأجل وأحلفت؛ لاحتمال أنها أسقطت شرطها استقصاءً لحق الغائب.

قال: وقول بعض الموثقين: إن قلنا: الشهادة على الغيبة، واتصالها على القطع؛ فلا

يمين عليها لقد غاب؛ لأن من أثبت حقًا ببينة قاطعة لا يحلف عليه، قاله في المدَوَّنة والواضحة، وإن قلنا: الشهادة على ظاهر العلم لا القطع؛ حلفت كيمين الاستحقاق، وكيمين مستحق دين على ميت، أو غائب أنه ما قبض شيئًا منه إلى آخرها.

وإن كتب أن القول قولها في المنقضي من أجلها؛ كفى فيه يمينها دون بينة، وعليها إثبات المغيب، وإن كتب (القول قولها فيه، والمنقضي منه)؛ كفى فيهما يمينها، وإن كتب (دون يمين تلزمها)؛ سقطت عنها.

المتيطي: وتزيد في يمينها (ولا أذنت له في المغيب عني)؛ خوف دعواه ذلك بعد قدومه.

قال: وقول بعض الموثقين: فإن لم تأخذ بشرطها حتى قدم عليها؛ فلها الأخذ بشرطها؛ لأنه حق وجب لها بعد يمينها المتقدمة، يؤيده قول ابن القاسم في أمة عتقت تحت عبد منعت الطلاق بحيضها، فطهرت بعد عتق زوجها لها الخيار.

قُلتُ: سئل عنها ابن رُشْد وقيل له: نزلت.

وقال بعض الشُيُوخ: لها الأخذ بشرطها لسماع أَصْبَغ: من شرطت إن تزوج عليها؛ فأمرها بيدها، فعلمت بتزويجه عليها بعد موت التي تزوجها عليها أو طلاقها؛ فلها الأخذ بشرطها، ومثله في وثائق الباجي، وقاله ابن زَرْب وغيره.

وقال بعضهم: لا أخذ لها، ولم يستظهر بشيء، فأجاب: قول الشيخ: لها الأخذ؛ غير صحيح؛ لأن بقدومه ارتفعت علة الأخذ به، وذلك بين من قولهم في الشرط: لها التلوم عليه ما أقامت منتظرة له لا يقطع تلومها شرطها، وهذا يقتضي أن ما بيدها لا يبطله إلا قدومه، والفرق بين هذه ومسألة أَصْبَغ: أن المرأة تخشى أن يكون تزويجه عليها يزهده فيها، ويرغبه في غيرها، ومغيبه عنها لا يخشى منه ذلك؛ بل يرغبه فيها، وإنما تشبه هذه مسألة الأمة تعتق تحت عبد، فلم تختر حتى عتق، قالوا: لا خيار لها؛ وهو نص ابن نافع في المدنيَّة: أنه لا قضاء لها إذا قدم قبل أخذها بشرطها على ما رأيته لبعض أصحابنا، فلا يلتفت لقول الباجي، ولا لمن سواه من المتأخرين لمخالفة ذلك أصول مذاهب الفقهاء المتقدمين.

قُلتُ: سماع أَصْبَغ هذه المسألة هو من أشهب وقع في ترجمة سماع أَصْبَغ

ابن القاسم.

قال ابن رُشْد فيه: لأن القضاء وجب لها بتزويجه عليها؛ فلا يسقط بموت المتزوجة ولا بطلاقها؛ إنما اختلف إذا شرط أن طلاق الداخلة بيدها، فتزوج عليها، ثم طلقها في بقاء ذلك بيدها قولا ابن القاسم آخر هذا السماع مع قوله في كتاب ابن سَحنون وابن الماجِشُون وقول سَحنون: هذا إن كان طلاقها بائنًا لا رجعيًا تفسير لقول ابن الماجِشُون؛ لأن الخلاف إنما هو في الطلاق البائن.

المتيطي: لها الأخذ بشرطها دون الرفع للإمام بعد حلفها كما تقدم، وتشهد على طلاقها نفسها من حضر يمينها وعرفها، وعرف شرطها وتصديق زوجها لها في جميع ما ذكر بعد يمينها في بيتها بالشهادة، ولا يعلم انقطاع زوجيتهما.

وسئل ابن رُشْد عمن قامت بشرط المغيب المنعقد في صداقها حسبما ينعقد في الصدقات اليوم؛ لغيبة زوجها بحيث لا تعلم غيبته جاوز فيها المغيب بكثير، فحلفت بمحضر جماعة من جيرانها يعرفون الغيبة المذكورة، وطلقت نفسها، وليس بمكانها قاضٍ تثبت عنده المغيب، والصداق غير أن الأمر مشهور.

فأجاب: إن أخذت بشرطها، وطلقت نفسها بعد يمينها على ما شرطه الزوج بحضرة عدول يعرفون المغيب، والشرط نفذ ذلك على الزوج بعد قدومه إن لم يأت بمدفع في الشرط، ولا في الغيبة، وإن أرادت النكاح قبل قدومه؛ رفعت ذلك للحاكم، فتثبت عنده الأمر كله، ويتلوم للغائب.

وروى المتيطي: إن شرط أبوها على الزوج: إن غاب عنها مدة كذا؛ فأمرها بيد أبيها، فزادت غيبته على تلك المدة، وأراد الأب الأخذ بالشرط، وأبت البنت؛ فذلك لها دونه، وينهاه الإمام عن الفرقة بينهما، فإن فرق بينهما بعد نهيه؛ جاز فعله، وإن انتزع السلطان الحكم من يده؛ لم يجز طلاقه بعد.

وسمع عيسى ابن القاسم: من أنكح ابنته رجلاً على إن تزوج عليها، فأمرها بيد الأب، وهو من صداقها، فوضعت صداقها عن زوجها؛ جعل ذلك من صداقها باطلٌ لا يوضع عنه الشرط بوضع الصداق، فإن تزوج، فأراد الأب طلاقه، وأبت البنت نظر في ذلك؛ فإن كان ما أرادته خيرًا لها؛ لم يكن له طلاقها، وإن كان ما أراد الأب خيرًا لها؛

فله فراقها؛ لأني سمعت مالكًا قال: من جعل أمر امرأته بيد أبيها إن لم يأت لأجلٍ سماه، فلم يأت له، فأراد الأب طلاقها، وأبته ابنته؛ فالقول قولها، فإن مات أبوها، وأسنده لغيره؛ فهو فيه بمنزلته، وإن لم يسنده لأحد؛ فليس بيدها منه شيء.

قُلتُ: وفي سماع أبي محمد يحيى: قال ابن القاسم: إن طلق الأب قبل منعه السلطان؛ مضى الطلاق، وإن طلق بعد منعه؛ لم يجز.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم: ينظر في ذلك، ولم يقل كقول مالك فيمن جعل أمر امرأته بيد أبيها إن لم يأت لأجل سماه؛ لأنه جعل لاشتراط الأب ذلك على الزوج حقًا، فلم ير أن يخرج من يده إلا بنظر السلطان؛ لأنه يقول: إنما تزوج عليها إرادة الضرر بها من حيث لم تعلم هي ذلك بخلاف جعل الزوج ذلك بيده دون أن يشترطه عليه؛ لأنه إذا لم يشترطه عليه، فإنما فعله بزوجته لا له؛ فهي أحق به فيه، ولا فرق بين المسألتين إلا من جهة الشرط.

وقوله: إن أسند ذلك لغيره بعد موته؛ فهو له؛ مثل ما في كتاب الخيار منها خلاف رواية علي فيها.

وقوله: إن مات ولم يسنده لأحد؛ فليس بيدها منه شيء خلاف رواية ابن القاسم فيها، فكأني رأيت مالكًا رأى ذلك لها، أو قال: ذلك لها ولم أتبينه.

قُلتُ: تعليل ابن القاسم قوله بما سمعه من مالك مشكلٌ؛ لأن ما سمعه مناف لما قاله، وعدم تكلم ابن رُشْد عليه كذلك، وتفرقته بين مسألتي ابن القاسم، ومالك بالاشتراط والطوع يوجب تعقب نقل المتيطي مسألة مالك بلفظ: إن شرط أبوها على الزوج... إلى آخره.

وسمع ابن القاسم: من تزوجت على أن لا يخرج بها إلا برضاها مع رضى أبيها؛ فلا خروج لهما إلا برضاهما، وإن كان برضاها فقط؛ فله الخروج به فقط، ولو كانت بكرًا قبل البناء.

ابن رُشْد: لم يذكر أن الشرط مقيد بطلاق ولا تمليك، وإيجاب ملك عليه إن كان الشرط برضاهما معًا يدل على أنه مقيدٌ بطلاق على ما في سماع عيسى في الأيمان بالطلاق، ولو كان بتمليكٍ لم يعتبر إلا رضاها؛ لأن الشرط إنما أخذ لها، فإن رضيت

بخروجه بها، وكانت هي المملكة؛ سقط حقها، وإن كان الأب هو المملك دونها أمر باتباع رضاها بالبقاء مع زوجها، فإن طلق قبل نهيه السلطان عنه؛ نفذ، وإن كانا معًا مملكين؛ لم يلزم طلاقٌ إلا باجتماعهما، وتوقف مالك في شرطه ألا يخرج بها إلا برضاها أو رضى أبيها، فقال: ما أدري إلخ؛ لأن (أو) مشتركة تحتمل هنا التخيير بين الرضائين، فيكون له الخروج برضى أحدهما، أو الجمع بين الرضائين بمعنى الواو أو إبهام أي الرضائين أراد، فيخرج بها برضاها إن أراده فقط، أو برضى أبيها إن أراده فقط، والوجه حمله على أظهر محتملاته وهو التخيير، وأجاب مالك على التصريح في الشرط باستثناء رضاهما معًا أو رضى أحدهما فقط.

ومسمى الشرط جائز، ومختلف فيه.

سمع عيسى ابن القاسم: من له زوجة، فخطب أخرى، فقال وليها: لا أزوجك إلا على أن تطلق امرأتك، أو تجعل أمرها بيد وليتي، فقال: أشهدكم إذا دخلت على وليته، فأمر امرأتي التي تحتي بيدها، فزوجه على ذلك، ثم صالح امرأته، ودخل بالثانية وليست الأولى في ملكه إن تزوجها بعد ذلك؛ فليس من أمرها بيد الثانية شيء بحال؛ لأنها دخلت، وليس الأولى في ملكه، وكذا إن قال: إن دخلت بوليتك؛ فامرأتي التي تحتي طالق البتة له أن يتزوجها، ولا يلحقه طلاق.

ابن رُشْد: هذا على اعتبار اللفظ، وعلى مقتضى المعنى يلزمه التمليك والطلاق، وهو الآتي على قولها في الأيمان بالطلاق فيمن شرط لامرأته كل امرأة يتزوجها عليها؛ فهي طالق أو أمرها بيدها، فيطلق امرأته، فتبين منه، ثم يتزوج امرأة، ثم يراجع امرأته أن المرأة التي تزوج تطلق عليه، أو يكون أمرها بيد امرأته؛ لأنه إنما أراد أن لا يجمع بينهما، ولا ينوى إذا ادعى نية.

وسمع يحيى ابن القاسم: لمن نكح امرأة، وله أمهات أولاد بشرط أن كل جارية يتسررها عليها حرة من وطئ منهن حنث فيها، وقاله أبو زيد وأَصْبَغ.

وقال سَحنون: لا حنث عليه فيهن؛ إنما يلزمه الشرط فيما يستقبل من الإماء بعد عقد نكاحه.

ابن رُشْد: حنثه ابن القاسم لما ذكر من أن الوطء تسرر في اللسان، ومن رعي

المعنى، وهو أن القصد بالشرط ألا يطأ معها غيرها، وحمل سَحنون التسرر على معناه عند العامة، وهو وطء الجارية ابتداءً مع العزم على اتخاذها لذلك لا يقال لمن وطئ يومًا من الأيام أم ولده أو جارية كان يطؤها أو خادمًا دون نيَّة العودة لوطئها: أنه تسرى في ذلك اليوم على زوجته، وهذا نحو قولها فيمن حلف أن لا يأكل بيضًا، فأكل بيض السمك؛ أنه لا يحنث، وأن ذلك لا يسمى بيضًا عند الناس، وإن كان في اللسان بيضًا.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة واحدة وهو وهمٌ، الذي في المدَوَّنة في بيض السمك الحنث لا عدمه، ولما ذكر الشيخ رواية يحيى قال: قال ابن حبيب عن أَصْبَغ وابن القاسم قال: ولو قال: كل جارية أتخذها عليك حرةٌ؛ فلا شيء عليه فيمن عنده ولو لم تعلم به؛ لأن الاتخاذ غير الوطء، وهو كالنكاح لو شرط أن لا ينكح عليها؛ لم يلزمه شيء فيمن عنده، وقاله ابن القاسم وأَصْبَغ.

قُلتُ: هذا خلاف ثاني تعليلي ابن القاسم بقوله: إن القصد بالشرط أن لا يجمع معها غيرها.

الشيخ: سمع ابن القاسم: من شرط لامرأته أن لا يتسرر عليها، وهما لا يعرفان ذلك إلا الحمل، ويريد الوطء قال: لا يفعل، وجهله ذلك لا ينفعه.

قال في الموازيَّة: كمن ظن البتة واحدة.

سَحنون: لا يعجبني، وله وطء أمته إذا كان ذلك عندهما هكذا، وقاله مالك ورواه في المجموعة علي بن زياد.

قال أبو بكر بن محمد: وروى علي بن زياد وابن أشرس: إذا أراد بوطئها الولد؛ فهو تسرر، ولم يزد ابن رُشْد على ما في العتبيَّة إلا قوله: الاختلاف في هذه المسألة على اختلافهم في اليمين العرية عن النيَّة هل تحمل على اللفظ أو على ما يعلم من قصد الحالف؟ والأظهر الأشهر حمل اليمين عليه فقول سَحنون وروايته أظهر.

الشيخ عن الواضحة: من شرط إن تسرر، فأمر السرية بيدها أن تعتق، أو تدع له وطء من شاء من جواريه وطأه، ثم يمسك لا يطأ ولا يبيع حتى تقضي امرأته أو تدع، وقاله ابن القاسم وأَصْبَغ، ولو شرط إن اتخذ عليها أم ولد؛ فهي حرة، فقال ابن القاسم: له وطء أمته في كل طهر مرة.

وقال أشهب وابن الماجِشُون وأَصْبَغ: له ذلك حتى يظهر بها حمل.

أَصْبَغ: ما لم يقصد إليها، ويلتمس ذلك منها، إن فعل هذا؛ عتقت عليه ساعتئذ، وإن حاضت بعد ذلك؛ فقد مضى عتقها.

ابن حبيب: إن قصد ذلك منها تربص بها حتى تحيض أو يظهر بها حمل، ولا آخذ بقول أَصْبَغ، ولو شرط ألا يتخذ عليها جارية؛ فله وطء إمائه ما لم يلزم الواحدة بعينها، وما لم يظهر بها حمل، أو يقصدها لذلك، هذا يمسك عن معاودتها، وقاله أَصْبَغ، ولو شرط إن اتخذ عليها أم ولد؛ فهي طالق، فقال ابن الماجِشُون وأَصْبَغ وأشهب: له وطء إمائه، فإن حملت إحداهن؛ طلقت امرأته.

ابن القاسم: بأول وطئه أمة؛ طلقت عليه للشك في حملها، وهذا استحسان والأول القياس، وكتب (كلما فعل موجب شرطه؛ فلها الأخذ به) يرفع الخلاف فيه، فلو لم يكتبه، وأخذت بشرطها لموجبه، ثم تزوجها؛ ففي سقوطه، وبقائه رواية محمد.

المتيطي: الأولى أظهر، ومعنى قول المدَوَّنة: لها الأخذ بشرطها ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء إذا كان الطلاق من قبل الزوج، فإن كانت هي المطلقة فأخذها بشرطها؛ يسقطه.

وسمع ابن القاسم: من تزوج امرأة على أن كل امرأة يتزوجها، أو يتسررها ما عاشت؛ فالزوجة طالق، والجارية حرة، فطلقها البتة، ثم تزوجها بعد زوج، وقامت بشرطها لقوله: ما عاشت، وقال الزوج: إنما أردت ما كنت تحتي، ولم أرد أن أطلقك، وأقيم لا أتزوج، ولا أتسرر؛ فله نيته.

ابن رُشْد: هذا على أن اليمين على نيَّة الحالف، وتنويته مع أنه شرط في العقد خلاف أصله في المدَوَّنة في أن التمليك في العقد لا مناكرة له فيه، وقوله: ينوى؛ يريد مع يمينه، سمعه ابن القاسم في الأيمان بالطلاق: إذا تطوع به دون شرط؛ فأحرى في الشرط، وتنويته إياه مع أنه إنما تزوج عليها، وهي في عصمة له ثانية على أصل المدَوَّنة فيمن شرط لامرأته طلاق الداخلة عليها؛ تنحل عنه اليمين بخروج زوجته عن عصمته بالثلاث خلاف نقل ابن حبيب رواية مُطَرِّف، وقول ابن الماجِشُون، وابن أبي حازم وغيره من أصحاب مالك: أنها لا تنحل عنه؛ لأن الشرط في اليمين في الداخلة لا

فيها، ولو حلف بهذه اليمين متطوعًا دون شرط، ولا استحلاف نوي على قولها في الأيمان بالطلاق، ولا ينوى على أن اليمين على نيَّة المحلوف له؛ ففي تنويته ثالثها: الفرق بين الطوع والشرط.

قُلتُ: في قوله: وتنويته إياه مع أنه إنما تزوج عليها إلخ؛ نظرٌ؛ بل الأظهر العكس؛ لأنه إذا انحلت يمينه بذهاب العصمة الأولى، فلا يحتاج لنيته في العصمة الثانية.

وأجاب ابن رُشْد عمن تزوج وشرط عند عقده على الطوع: أن الداخلة على الزوجة طالق، فتزوج امرأة، فطلقت عليه، ثم تزوجها بعد مضي عدتها؛ بأن اليمين تتكرر عليه اتفاقًا، وإنما اختلف قول ابن القاسم في تكرير اليمين في المرأة المعينة كإن تزوجت عليها فلانة؛ فهي طالق، فتزوجها مرة بعد مرة.

وسمع القرينان: من نكح امرأة على إن نكح عليها، أو تسرر بغير إذنها، فأمرها بيدها، فأذنت له، فأقام يطلب النكاح، فرجعت عن إذنها، ولم يعقد نكاحًا قال: ذلك يختلف إن أسقطت شرطها فذاك، وإن أشهدت له بذلك في امرأة واحدة؛ فذلك له.

ابن رُشْد: مضى استيفاؤها في سماع ابن القاسم.

قُلتُ: هو سماعه: من قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسررت بغير إذنك؛ فأمرك بيدك، فأذنت له في نكاح امرأة، أو تسرر جارية، ثم طلق المرأة، وباع الجارية، ثم أراد أن يتزوجها أو يتسرى؛ فلامرأته منعه ذلك ما لم تأذن له بذلك، ولا رد لها إن أذنت له ينكح، أو يتسرر حتى يفارق.

ابن رُشْد: لم يوجب عليها اليمين أنها لم تأذن إلا في تلك المرأة بعينها مرة واحدة، ولم تسقط شرطها، وهو خلاف سماع عيسى، والقولان على الخلاف في لحوق يمين التهمة، ولو حقق عليها دعوى إسقاطها شرطها؛ حلفت اتفاقًا.

وقوله: لا رد لها بعد إذنها، فسوى بين الزوجة والجارية.

وقال ابن حبيب: لها أن ترجع في إذنها، والرضى في الجارية متى شاءت؛ لأن التسرر أمر مؤتنف.

قال: وكان القياس ألا يطأ إلا بإذن مؤتنف لكل وطأة، والاستحسان إجزاء إذن واحد حتى تحدث المنع.

وحكى الفضل عن ابن القاسم مثله، ولو أرادت بعد تزويجه وتسريه بإذنها أن تقضي في نفسها لم يكن لها ذلك اتفاقًا؛ لأنه لم يوجب لها التمليك إلا بفعله ذلك بغير إذنها.

وحكى ابن حبيب أنه قيل: لها القضاء وإن نكح بإذنها؛ لأنها أذنت قبل أن يصير القضاء بيدها، وهو غلطٌ ظاهر، إنما الخلاف إن قال: إن نكحت عليك؛ فأمرك بيدك، ولم يقل: إلا بإذنك، فأرادت القضاء في نفسها بعد أن نكح بإذنها، فسمع أَصْبَغ أشهب: لها ذلك، وقاله سَحنون في المجموعة، واحتج بمن سلم شفعته قبل الشراء، والمشهور ليس لها ذلك، وقاله أَصْبَغ في سماعه وروايته عنه، وقاله مالك في رسم اغتسل من هذا السماع، وسمعه عيسى في كتاب التخيير، ونص أشهب في الموازيَّة على الفرق بين ذكر: (إلا بإذنك) وتركه، وهو بين لا يفتقر لنص، ولا يفترق، وذلك عند مالك إن أذنت له فنكح؛ فلا قضاء لها في الوجهين، ولو أذنت له إذنا مبهمًا لم تقل فيه متى شئت، فقال مرة: له أن ينكح متى شاء، ومرة: منعه ألا بقرب إذنها على الخلاف في كون الأمر المطلق على الفور أو التراخي.

ولو أذنت له في النكاح، ثم رجعت قبل نكاحه، فقال ابن حبيب: لها ذلك.

وسمع أشهب: منعها ذلك، وسمعه أَصْبَغ من ابن القاسم، وحكاه فضل عنه وعن غيره.

وسمع عيسى ابن القاسم: من نكح على إن لم ينفق عليها ما يصلحها؛ فأمرها بيدها، فقصر عن نفقة مثلها بعد مدة، فرضيت ذلك، ثم بدا لها، فأرادت أن تختار؛ فسخ نكاحه قبل البناء وثبت بعده، فإن رضيت تقصيره في نفقتها؛ فلا قول لها بعد ذلك؛ لأن هذا فعل واحد كمن قال: إن لم أقضك بقية مهرك إلى أجل كذا؛ فأمرك بيدك، فأتى الأجل، ولم يقض، فأقامت معه يصيبها، ولم تقض شيئًا؛ فلا قضاء لها بعد ذلك.

ابن رُشْد: فسخه قبل البناء وثبوته بعده مع بقاء شرطها ليس بمعتدل على أصولهم؛ لأن الشرط إن كان جائزًا؛ لم يفسخ النكاح كنكاح بشرط تمليك أو طلاق، وإن كان فاسدًا يوجب فسخ النكاح قبل البناء لا بعده؛ انبغى سقوط الشرط، وردها

لمهر مثلها، وقوله هذا جارٍ على قول سَحنون في إيجاب الشرط الفساد.

وشرط عدم رحلته بها:

قال المتيطي: هو أن لا يرحلها من حضرة كذا إلا برضاها، فإن رحلها كارهة؛ فأمرها بيدها، وإن رحلته بطوعها، ثم سألته الأوبة لوطنها، فلم يرجعها من يوم سألته ذلك لانقضاء ثلاثين يومًا؛ فأمرها بيدها، وعليه مؤنة رجوعها إن طلقها حيث رحل بها، أو طلقت نفسها بشرطها، وهي باقية على شرطها كلما رحلها بإذنها، وعدم هذا الشرط يبيح له رحلته بها حيث شاء إن كان مأمونًا محسنًا لها لم يتقدم منها تشكٍّ بضرره.

وسمع القرينان: من أراد الخروج بامرأته لموضع زعم أنه أرفق به، وأبت امرأته، نظر لصلاحه وإحسانه إليها؛ ليس له أن يخرج بها، ثم يطعمها شوك الحيتان.

ابن رُشْد: هو محمول على ما يوجب له الخروج بها حتى يعلم خلافه، هذا ظاهر قولها في إرخاء الستور، والحر في هذا بخلاف العبد، قاله ابن القاسم في رسم الجواب من طلاق السنة.

قُلتُ: هو قوله: ليس للعبد أن يظعن بامرأته حرةً أو أمةً إلا لما قرب جدًّا كبعض الريف الذي لا يخاف فيه ضيعتها، ولا أعلمه إلا قول مالك، وفي أول نكاحها الثاني مثل ما في إرخاء الستور.

قُلتُ: وهذا بشرط أمن الطريق والموضع المنتقل إليه، وجري الأحكام الشرعية فيه على وجهها.

المتيطي عن بعض الموثقين: إن علم حسن حاله، وأراد إخراجها وامتنعت؛ فقال الشيخ أبو القاسم: تسقط عنه نفقتها.

قال: وأرى أن تجبر على الخروج معه، ونحوه لابن عبد البر، فإن ثبت الشرط؛ لم يخرجها إلا برضاها، ولو كان مأمونًا، فإن أكرهها على النقلة؛ فلها الأخذ بشرطها، فإن ادعى طوعها وأكذبته؛ فعليه البينة وإلا حلفت، وأخذت بشرطها، قاله ابن حبيب.

قال بعض الموثقين: وهو كقول مالك في المملكة: تدعي أنها قضت في المجلس، ويكذبها الزوج؛ فالقول قولها وعليه البينة.

قُلتُ: لا يمين على المملكة بخلاف الأولى.

المتيطي في مختصر الوقار الكبير: إن غاب عنها، وقطع نفقتها، فاضطرها ذلك للخروج إليه؛ فلها الأخذ بشرطها كإكراهه إياها.

قُلتُ: مثله للشيخ من رواية محمد، وسماع أشهب بقيد كون غيبته، وقطعه نفقتها اختيارًا، وفائدة كتب (إن أخرجها بطوعها، ثم سألته رجوعها) إلخ رفع الخلاف، فلو لم يكتب وأخرجها برضاها، ثم سألته رجوعها لمحلها، ففي وجوب ذلك عليه، فإن لم يفعله؛ كان لها الأخذ بشرطها مطلقًا، وعدمه ثالثها: بعد حلفها ما خرجت تركًا لشرطها؛ لروايات ابن القاسم قائلاً: لا يعجبني وجوبه عليه.

قُلتُ: ولابن رُشْد: ثالثها: بشرط لا تطوعًا لسماع عيسى ابن القاسم وسَحنون عنه وسماعه عيسى.

ابن فتوح عن ابن القاسم: إن سألته رجعتها بعد إخراجه إياها برضاها؛ فعليه ذلك، ويلزمه ألا يخرجها إلا لما يقدر على ردها منه.

المتيطي وابن فتوح: كتب (لانقضاء ثلاثين يومًا) غير لازم؛ إنما هو توسعة للزوج ليروي فيه أمر سفره، وينظر في شد متاعه، وثقله لو لم يحد في الشرط أجلاً، وقال: إن لم يردها؛ فأمرها بيدها وسألته ردها، وأبى ورفعته للإمام؛ لم يبلغ في التلوم عليه أكثر من ثلاثين يومًا، فإن انقضت الثلاثون يومًا، ولم يضر بها؛ طلقت نفسها بشرطها، فإن منعه من ردها؛ فتنٌ أو هول بحر حائل بينه وبين محل ردها حتى انقضى أمد التلوم.

قال ابن فتحون: لا أعلم لأحد من أهل العلم فيه قولًا، وعندي أنه لا قضاء لها عليه؛ لعذره بما غلب عليه، فإن أخذت بشرطها أساءت ونفذ، والطلاق أولى ما احتيط له، ولو رفعها الزوج للحاكم رأيت أن يمنعها حتى يزول عذره، ويقيم بعد زواله قدر ما يمكن أن ينظر في أمره، فيكون لها القضاء.

قُلتُ: انظر إن قضت بعد منعها الحاكم القضاء، والأظهر، إن حكم بمنعها، نفوذه، وإن حكم بزوال ما بيدها تلك المدة؛ لم ينفذ كمن حلف بالطلاق ليقتلن زيدًا.

المتيطي: وكتب عليه مؤنة رجوعها؛ لأنه إن ترك وطلقت نفسها بشرطها أو طلقها هو؛ فمؤنة ردها عليها.

قال بعض الموثقين: لا أعلم من جعلها على الزوج إلا قول ابن العطار في وثائقه

قال في هذا الشرط: وعليه مئونة نقلتها ذاهبة وراجعة؛ وإنما ذكرت ذلك لما قيل: إن مؤنة النقلة عليها إن طلقها هناك، فدل قوله أن المشهور كون المؤنة عليه، ولم أره لغيره، وفي تلك الزيادة أيضًا أن مؤنتها عليه في ذهابها معه، وهذا مما لا يشك فيه أحد أنه عليه دون شرط؛ فلا معنى لاشتراطه.

قُلتُ: بعض الموثقين هو ابن فتحون.

المتيطي: وكتب (وهي باقية على شرطها) إلخ؛ لقول ابن القاسم في المَدَوَّنة: من شرطت على زوجها أن لا يتزوج عليها إلا بإذنها، فأذنت له، فتزوج، ثم أراد تزويج أخرى فمنعته تحلف ما أرادت بإذنها؛ قطع شرطها فيما بعد ذلك، وتكون على شرطها.

وقال سَحنون: هذه رواية ضعيفة، وهي على شرطها، ولا يمين عليها، ورواه علي بن زياد وابن القاسم.

قال مع ابن فتحون: وإن شرط لها أن لا يرحلها من دارها ذكر موضعها وحدودها إلى آخر الشرط، فإن خرجت من ملكها؛ سقط شرطها، وحكم خروجها برضاها، وطلب ردها كما مر.

قُلتُ: كراء الدار من يوم تطلبه به مع بقاء حكم شرطها، واستيفاؤها في فصل السكنى.

قال ابن العطار: لا يكتب في شرط نكاح العبد عتق أم ولده ولا سريته، ولا شرط المغيب، ولا السكنى؛ إذ ليس يلزمه ذلك.

ابن الفخار: هذا غير صحيح لجواز عتقه، والزوجة في عصمته؛ فيلزمه ذلك، وقد سأل عبد مالكًا أنه حلف بحرية جارية إن اشتراها، فنهاه عن ذلك.

قُلتُ: هذا قولها في العتق الأول والإيلاء، وكراهة مالك شراءها حجة لابن العطار لا لابن الفخار فتأمله.

ومن وكل من يزوجه بألف امرأة أو فلانة بها، فزوجه بألفين، ولا بينة بما به، وكل ولا بما به زوج، ولم يبن، فإن رضي أحدهما بدعوى الآخر دون تقدم إنكار من الزوج أقر النكاح به، وإلا حلف الزوج ما أمره بألفين، وسقطت دعواها، ثم إن رضيت بألف تم به، وإلا حلفت وسقطت دعواه، وفي صحة رجوع أحدهما لقول الآخر قبل الفسخ

نقلا ابن سعدون عن ابن القاسم وسَحنون، ومن نكل منهما دون صاحبه؛ لزمته دعواه، وإن نكلا؛ ففي لزوم قول الزوج، وكونه كحلفهما قولا مالك وابن القاسم مع شريح.

الصقلي عن ابن القاسم: إن أقر بها زوجه به ورضيه بعد إنكاره إياه قبل البناء، فإن كان فسخًا لفعله؛ لم يجز ولو قرب إلا بعقد جديد، وإن لم يكن ردًا كقوله: أكثرتم علي، أو ما أحب هذا، وما أراني أرضى وشبهه؛ فلا بأس بإجازته، ولو طال الأمر دون علم رضى ولا سخط؛ لم يجز إلا بعقد جديد إن لم يجزه حين علمه ولا يتوارثان، وما قرب؛ توارثا فيه استحسانًا.

قال ابن حارث: روى أبو زيد عن ابن القاسم: أنه كسيد عبد أنكر نكاحه بغير إذنه ثم أجازه.

ولو قال الوكيل: أغرم الألف الزائد؛ ففي لزومه الزوج قولان، لنقل ابن شاس مع ابن بشير، ولها مع الأكثر عن المذهب.

اللخمي: إن قال الوكيل: لا أريد منةً عليه؛ بل دفع معرة رد فعلي، أو مشقة الفراق على الزوجة رعيًا لا بها وشبهه، والمرأة معينة مطلقًا أو مبهمة، ومهر مثلها ألف قبل قول الوكيل، وكذا يفصل في إسقاط المرأة الزائد.

قُلتُ: ظاهر قولها: إلا أن ترضى المرأة بألف، فيثبت النكاح؛ عدم التفصيل فيها، وهو الأظهر؛ لأن إسقاطها يوجب كون مهرها الباقي بخلاف دفعه الزوج.

وقال ابن عبد السلام: قال بعضهم: إن أقر الوكيل بالتعدي؛ لزمه، وفيه نظرٌ من وجهين؛ لأنه لم يفوت بتعديه شيئًا، ولو لزمه ذلك بإقراره؛ للزمه في قيام البينة، واللازم باطل والملازمة بينة.

قُلتُ: إن أراد ببعضهم غير اللخمي؛ فلا أعرفه لغيره، وإن أراد به اللخمي؛ فقد ترك من كلامه ما يمنع ما ذكره من التعقب، وهو قول اللخمي: لأن الزوج يقول له: أوجبت علي يمينًا تعديًا، واليمين تشق على الناس؛ فعليك غرم ما أدخلتني فيه.

قُلتُ: وهذا يبطل تمسكه في تعقبه بعدم تفويته بتعديه شيئًا لبيان اللخمي موجبًا غير ذلك، وهو إيجاب تعديه دخول مشقة الحلف عليه، ويبطل تمسكه بقياس التلازم

الذي زعم أن الملازمة فيه بينة؛ لأن قيام البينة تمنع توجه الحلف عليه، وتوجهه هو الموجب للغرم لا غيره، فينتفي الغرم بانتفائه.

ولعبد الحميد عن التونسي: إن أقر بالتعدي؛ لم يلزمه شيء إلا أن يدعي عليه الزوج أن ما زاده حمل منه عنه، فقد يكون له ذلك على قول أَصْبَغ في الخامس من البيوع.

قُلتُ: لا وجه لتخصيص كون ذلك له بأَصْبَغ؛ لأنه حينئذ دعوى معروف، وأصل المذهب في المدَوَّنة وغيرها توجهها، وإن بنى وأنكر الوكيل العداء، فقال الصقلي عن الموازيَّة: يحلف الزوج ما أمره إلا بألف، وما علم بها زاده الوكيل إلا بعد البناء، فإن نكل؛ لم يغرم حتى تحلف المرأة أن عقدها بألفين لا على أن الزوج أمره بهما، فإن حلف الزوج؛ فلها أن تحلف الوكيل ما أمره بألفين، فإن نكل؛ غرم الألف.

أَصْبَغ: إن نكل الزوج فغرم؛ فله أن يحلف الرسول، فإن نكل؛ غرم.

محمد: هذا غلطٌ، لا يمين على الرسول، إن أقر بالعداء؛ لم يكن بد من يمين الزوج، وقد نكل عنها.

الصقلي: يريد محمد: لا بد من يمين الزوج على أنه ما علم بها زاد إلا بعد بنائه، فنكوله عنه يوجب غرمه.

أَصْبَغ: هذا فيما يشبه كونه مهرًا، وإن كان دون مهر مثلها، فإن لم يشبه كخمسة دنانير في ذات المنصب والقدر واليسر؛ حلف قبل البناء، وإن بنى؛ لزمه مهر مثلها على تزويج التحقيق والقريب المواصل.

وذكر اللخمي قولي الموازيَّة وأَصْبَغ في القسم الثالث وهو: إذا قامت البينة على عقد التوكيل دون عقد النكاح، فقال بعد ذكره قول أَصْبَغ: قال محمد: لا يمين عليه؛ لأنه لو أقر بالعداء؛ لم يكن عليه حجة إلى آخر كلام محمد المتقدم، ثم قال: صفة يمين الزوج قبل البناء ما أمره بألفين فقط، ويختلف في صفة يمينه بعده، فقال ابن القاسم في الموازيَّة: يحلف ما أمره إلا بألف، وما علم افتياته عليه إلا بعد البناء، وعلى هذا لا يضر الرسول إقراره بالعداء؛ إذ بنكول الزوج؛ سقط مقاله عن الرسول؛ لأن يمين الزوج يمين تهمة لا ترجع، ويصح أن يقال: لا يحلف أنه ما علم؛ لأنها يمين تهمة ولا علم

للزوجة بعلمه، ولا تدعي أن ذلك بلغها عنه، وإن أنكر الرسول قبل البناء وغرم الزوج لأجل نكوله؛ فلا يمين له على الرسول كما قال محمد؛ لأنه يقول: أنت برئت باليمين للزوجة، وإذا صار المقال بيني وبينك؛ فأنا المبدأ، فإن نكلت؛ ردت عليك اليمين، فإن نكلت؛ لم يكن لك شيء وقد نكلت، ويصح قول أَصْبَغ على أحد قولي ابن القاسم مع غيره.

ومالك في الآمر يقول: أمرتك بشراء قمح، ويقول المأمور: بل بتمر كما فعلت؛ أن القول قول الآمر.

قُلتُ: سبب الخلاف في عدم توجه الحلف على الوكيل الخلاف في وجوب حلف الزوج على عدم علمه بالعداء أو عدمه.

وقال ابن بشير: سببه هل يمين الزوج على تصحيح قوله فقط، أو عليه وعلى إبطال قول الرسول، فعلى الأول؛ يعد مقرًا فلا يحلف الرسول، وعلى الثاني يحلف الزوج، ويلتفت في هذا؛ لكون النكول كالإقرار، فلا يحلف الرسول أو لا فيحلف.

قُلتُ: في هذا الإجراء نظرٌ؛ لأن الحلف على مجرد الدعوى دون شاهد بها، ولا دليل، ولا نكول المدعى عليها أصول المذهب تأباه، وكون النكول إقرارًا لا يعرف إلا في يمين التهم، وإن قامت البينة بالعقدين، فإن تراضيا بأحدهما؛ تم به، وإلا فإن لم يبن؛ تفاسخا، وإن بنى؛ ففي كون الواجب لها ألفين أحدهما على الرسول، أو ألفًا من الزوج فقط، ثالثها: عليه مهر المثل، وتمام الألفين على الوكيل، ورابعها: على الزوج مهر المثل إن كانت معينة، ويسقط الزائد، وإن كانت مبهمة؛ فعليه ما أقر به، وتمام مهر المثل على الوكيل، وعسره يوجبه على الزوج، ويتبعه به.

للخمي عن ظاهرها، ومختصر ما ليس في المختصر، وعبد الملك واختياره قائلاً: إقرار الوكيل بعقده بألفين كقيام البينة به، ولا يمين عليها للزوج قبل البناء؛ إذ لا علم له بباطن قولها، وإن قامت البينة بالأول فقط؛ فقال اللخمي: إن كذبها الوكيل، ولا بناء فإن حلفت على دعواها، أو نكلت ونكل الوكيل؛ خير الزوج في قبول قولها وفراقها، وإن حلف الوكيل لنكولها؛ لزمها العقد بألف.

ابن بشير: إن قامت البينة بالأول فقط؛ حلفت أن العقد بألفين، وخير الزوج في

قبوله بألفين أو فسخه، وإن نكلت؛ لزمها العقد بألف دون يمين على الزوج إن لم يدع تحقيقًا بما عقد عليه، وإلا فبعد يمينه، فإن بنى؛ فقال اللخمي: إن كان مهر مثلها ألفًا؛ فلا قول لها على الزوج، ولا على الرسول على المستحسن من القول، وإن كان ألفين وحلفت؛ ففي غرم الألف الثاني الوكيل أو الزوج قولان على قولها، وقول عبد الملك: وإن نكلت؛ فلا يمين لها على الزوج؛ لأن يمينها معه يمين تهمة لا ترجع، وحلف الوكيل، فإن نكل؛ غرم الألف.

ابن بشير: لا شيء على الزوج غير الألف، ثم إن أقر الرسول بالعداء، فيختلف هل يغرم حسبما مر، وإن أنكر؛ ففي غرمه يحلف للزوجة، فإن نكل وحلفت؛ استحقت، وعلى عدم غرمه لا حلف عليه، وإن أقامت البينة بالثاني فقط؛ فللخمي: إن أكذب الوكيل الزوج حلف، وخيرت في الرضا بالألف أو فراقه، فإن نكل؛ لزمه ألفان، ثم في تحليف الرسول قولا أَصْبَغ ومحمد بن بشير: إن نكل، فإن حققت المرأة عليه الدعوى؛ حلفت وإلا فلا.

ونقل اللخمي: وبناؤه على أن اليمين بين الزوجين يمين تهمة.

وقال ابن بشير: من ادعى منهما على الآخر تحقيقًا؛ اعتبر، ومن بنى منهما منفردًا بعلم العداء؛ لزمه دعوى صاحبه، ولو علما به مع علم كل منهما علم الآخر أو علمت علمه ولم يعلم علمها؛ لزمه ألفان وعكسه ألف، ولو لم يعلم أحدهما علم الآخر، فقال اللخمي: ظاهرها ألفان، والقياس ألف ونصف لإيجاب تعارض علميهما قسم ما زاد على ألف.

المتيطي: وترجح فيه.

ابن محرز: وثبت على أن ليس لها إلا ما سمى للزوج، وإليه مال اللخمي.

وفي كون الفرقة بينهما بطلاق قولان لها، ولابن حارث عن سَحنون مع المتيطي عن المغيرة.

المتيطي: إن زوج وكيل من وكله على نكاحه من معينة بمهر مسمى، أو بمبهم منها بالمسمى، أو بزائد على مهر مثلها لا يتغابن به إن لم يسم المهر؛ لزمه، وكذا على إنكاحه من امرأة مبهمة إن زوجه ممن تليق به، وإلا لم يلزمه.

قُلتُ: ظاهره: إن زاد على المسمى شيئًا؛ لم يلزمه.

وفي ثاني سلمها: من أبضع مع رجل في شراء جارية وصفها له أربعين دينارًا، فاشتراها بزيادة دينارين، أو ما أشبه أن يزاد على الثمن؛ لزمه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من زوج من وكله على تزويجه امرأة بعينها دون تسمية مهر بعبد للموكل إن سخطه؛ فسخ نكاحه، ولا شيء له، ولو زوجه بمهر مثله عينًا؛ لزمه كالشراء في الوجهين، ولو طلق قبل رده النكاح؛ لزمه نصف العبد.

ابن رُشْد: قوله: إن سخطه؛ فسخ النكاح؛ يريد: بطلقة على ما قال آخر المسألة يدل أنه إن رضيه؛ جاز، وهذا بقرب العقد، وإن لم يعلم حتى بعد؛ تخرج جوازه إن رضيه على قولين، ولو أعلم الوكيل ولي المرأة بافتياته على موكله في عبده؛ فسد عقده لدخوله على أن للزوج الخيار.

وسمع القرينان: من فوضت له وليته في إنكاحها كفؤًا، فزوجها منه بأقل من مهر مثلها ما هو من عمل الناس.

ابن رُشْد: لا يلزمها اتفاقًا إلا أن ترضى.

ابن عبد السلام: انظر لو رضي الزوج بعد أن أبت الزوجة بتمام مهر مثلها، والأقرب لزوم النكاح لها إن كان بالقرب.

قُلتُ: الأظهر إن كان ذلك قبل إبايتها؛ لزمها، وإلا لم يلزمها، وهي جارية على مسألة مشهورة في كتاب الوكالة: إذا باع الوكيل بأقل من الثمن، فرضي المبتاع بإتمام الثمن، وتقدم في فصل الكفاءة تلقي الشيخ بالقبول.

نقل ابن حبيب عن المذهب عدم تعقب إنكاح الأب ابنته البكر بأقل من مهر المثل، ونقله ابن شاس عن المذهب خلاف نقل المتيطي وابن فتحون: إن زوجه بما لا يتغابن في مثله؛ فالابن مخير بعد بلوغه، ورشده ما لم يبن.

وفيها: إن أسرا مهرًا وأعلنا مهرًا؛ أخذا بالسر إن أشهدوا عليه عدولًا.

أبو حفص: هذا إن أعلما البينة أنهما يعلنان أكثر.

عياض: إن أشهدا أن المعلن ليس بمهر؛ فلا يمين على الزوج، ولو أشهدا بخمسين، ثم أعلنا مائة؛ لزمته اليمين.

قُلتُ: إن أراد يمينًا يجب بنكولها زيادة على قدر المهر؛ وهي يمين على نفي دعوى معروف، المشهور توجهها، وإن أراد يمينًا يجب بنكولها زيادة في قدر المهر، فمردودة بالبينة المفروضة.

وسمع ابن القاسم: من كانت تحته امرأة، فخطب أختها لابنه فقالت عمتها: أعلى مهر أختها؟ قال: لا أقصر بها إن شاء الله، فقالوا: زوجناك، ثم طلقها، وقال: إنما وعدتهم ولم أوجبه، فرآه مالك مرة كأنه إيجاب ولم يبينه.

ابن القاسم: أراه عليه إن زوجوه على ذلك، وقاله سَحنون.

ابن رُشْد: إن كان قولهم: زوجناك جواب قوله: لن أقصر بها عن مهر أختها؛ فقول ابن القاسم: يلزمه؛ بين، وإن تقطع ما بين الكلامين؛ فهو محتمل، والأظهر إيجابه كما قاله مالك وإن لم يبينه؛ لأنه أقوى من العدة على سبب.

وليحيى عن ابن القاسم: أنه يحلف ما أراد إيجابه على نفسه، ولا شيء عليه، فإن نكل؛ غرم نصف المهر، وهذا على أنه محتمل للإيجاب، ولحوق يمين التهمة دون تحقيق، وعدم رجوعها، وقد اختلف فيهما.

[باب في نكاح التفويض]

ونكاح التفويض: ما عقد دون تسمية مهر، ولا إسقاطه، ولا صرفه لحكم أحد جائز[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما عقد دون تسمية)؛ أصله نكاح عقد، فأطلق ما على النكاح؛ لأن نكاح التسمية قسم منه، وهو جنس له.

وقوله: (دون تسمية)؛ احترز به من النكاح المسمى.

قوله: (ولا إسقاطه)؛ احترز به مما إذا تزوج على ألا صداق لها، فإنه غير مسمى.

قوله: (ولا صرف لحكم أحد)؛ أخرج به إذا تزوجها على حكم فلان فيما يعينه من مهرها؛ لأنه حكمه حكم المسمى؛ وهو المسمى بنكاح التحكيم.

(فإن قلت): قول الشيخ: ما عقد دون تسمية مه؛ر يرد عليه ما إذا جرت عادة بمهر في عرف، ووقع العقد، ولم تقع تسمية، فإن هذه الصورة ترد عليه، ويلزم أن يكون ذلك من التفويض.

(قُلتُ): نقل عن اللخمي: أن ذلك حكمه حكم التفويض، ونقل عن المازري: أن حكمه حكم =

التسمية، فأما إن صححنا ما قاله اللخمي؛ فنلتزم دخول ذلك في الحد، وإن قلنا بقول المازري؛ فلنا أن نقول التسمية أعم من كونها قولية أو فعلية أو عرفية، وفيه نظر.
(فإن قلت): قد ذكر ابن يونس: صورة مركبة في نكاح واحد يكون قد سمي النقد فيه، وفوض المؤجل، فكيف تدخل هذه الصورة في حده مع أنه يقتضي أن الصداق إما مسمى أو مفوض، وهذا مركب منهما.
(قُلتُ): لنا أن نقول بمنع حصر القسمة المذكورة، والحد في كل منهما يستلزمها، ويصدق فيها، فنقول النكاح باعتبار الصداق على ثلاثة أقسام: تسمية، وتفويض، ومركب منهما.
(فإن قلت): كيف صح النكاح في التفويض مع أن الصداق ركن من أركان النكاح، وهذا نكاح لا صداق فيه؟.
(قُلتُ): تقدم للشيخ: أنه اختار أنه ليس بركن، وإسقاطه يفسد النكاح، وإمكان لزوم الصداق شرط لا بد منه في الصحيح.
(فإن قيل): نكاح التسمية لا بد من ذكر الصداق فيه فهو واجب.
(قيل): قد أجاب الشيخ عنه: بأن اللزوم لعارض، وهو لا ينافي الإمكان الأصلي، وقد رد على ابن الحاجب في قوله: إنه ركن بما ذكرنا من السؤال في التفويض.
والشيخ ابن عبد السلام أراد أن يجيب عن الرد على ابن الحاجب.
قال الشيخ: وحاصل جوابه أن الصداق ركن من أركان مطلق النكاح؛ لأنه عقد معاوضة، وأنه في نكاح التفويض غير ركن.
قال الشيخ: ومن تأمل هذا الكلام علم تنافيه؛ لأن كون الشيء ركنًا لمطلق الماهية غير ركن لأخصها متناف.
(فإن قلت): إنما يصح التنافي في مثل ذلك في الأمور العقلية، وأما الجعلية؛ فلا مانع في مثل ذلك.
(قُلتُ): يمكن البحث معه بذلك ويقويه بحثه مع الشيخ ابن هارون في باب دماء الحج في الهدي والنسك، انظره مع هذه، وما يأتي به في رعي الخلاف، وتأمل السؤال الذي رتبه على بحثه مع ابن الحاجب قبل بحثه مع شيخه، فكان يمر فيه نظر، والله الموفق.
وقوله: (ما عقد دون تسمية مهر إلخ)؛ هو أجمع وأمنع وأخصر مما ذكره ابن يونس في قوله: هو أن يقولوا: أنكحناك، ولا يسموا صداقًا، وليس فيه تحرير باعتبار مقولة المحدود؛ لأن قوله هو أن يقولوا: ليس هو نكاح التفويض؛ وإنما هو صيغته فتأمله، وقد حرر الشيخ خليل عبارته بقوله: عقد بلا ذكر مهر بلا وهبت، وهو أخصر من عبارة الشيخ، وزاد قوله بلا وهبت وأتى الشيخ بما يدل عليه وعلى غيره بقوله: ولا إسقاطه، ولم يذكر الشيخ خليل ما يسقط التحكيم؛ لأن الرسم عنده لما يعمها لقوله: نكاح التفويض والتحكيم عقد إلخ، فتأمله؛ ويتحصل من هذا أن نقول: الصداق في النكاح؛ إما أن يكون مسمى أو لا، فإن كان قد ذكر فيه الصداق؛ فهو مسمى، وإن لم يذكر فيه الصداق، ولا أسقط، ولا صرف لحكم أحد؛ فهو تفويض، وإن أسقط؛ فهو نكاح على الإصداق، وإن صرف لحكم أحد؛ فهو تحكيم، وعدل الشيخ عن الصداق إلى المهر للاختصار كعادته.

(فإن قلت): ما معنى كلام الشيخ في قوله: دون تسمية مهر هل معناه لم يسم فيه شيء من المهر بمعنى الكلية، أو لم يسم لمجموع المهر بمعنى الكل، فإن أراد لم يسم شيء من المهر، ورد على ذلك عدم انعكاسه بصورة ابن المَوَّاز فيما نقله الشيخ والصقلي عنه وصورتها.
قال ابن المواز: إذا نكحها على أن نقدها عشرون دينارًا، وعلى أنه مفوض إليه في بقية مهرها، ثم لم يرضوا بما فرض؛ لأنه أقل من المثل، ثم فارق؛ فلا يلزمه شيء، وبيان خروجها عن رسمه أنه لا يصدق في هذه الصورة الحد؛ لأنه قد فرض لها، وسمى بعض مهرها مع أنها تفويض، وإن أراد لم يسم مجموع مهر الصداق؛ لتدخل هذه الصورة محافظة على العكس، فيرد عدم طرده بصورة ذكرها ابن الحاج قال: من دفع نقدًا أو هدية وسكت عن عدد الكالئ وأجله، ثم توفي الزوج قبل البناء؛ فلها الميراث والصداق المعجل والهدية، ويسقط الكالئ للسكوت عنه؛ فهذه الصورة مجموعها ليس من التفويض، ويصدق عليها رسمه بالمعنى الذي حملنا عليه لفظه.
(قُلتُ): لنا أن نختار أن المعنى دون تسمية شيء من المهر، وإن وقع فيه تسمية في شيء منه؛ فلا يسمى تفويضًا، والنقض بالصورة المذكورة لابن المَوَّاز لا يرد؛ لأنه لم يسمها تفويضًا؛ بل لفظه إلى التحكيم أقرب إليه من التفويض، فصورة ابن المَوَّاز إنما هي من التحكيم، وإن شارك التحكيم التفويض؛ فلا يلزم أن يكون منه، وفي لفظ ابن يونس مفوض إليه، وهو ظاهر فيما ذكرناه، ولا ترد أيضًا على هذا المعنى صورة ابن الحاج على هذا الرسم؛ لأن المجموع لا يسمى تفويضًا، وإنما وقع التفويض في بعض الصداق لا في كله؛ والمحدود إنما هو التفويض في الصداق كله، ولنا أيضًا أن نقول: إن معنى قوله: دون تسمية مهر؛ أي: لم يسم كله، فيكون كلا لا كلية، فما وجدت فيه تسمية؛ فلا يسمى نكاح تفويض، وذلك لا يصدق على الصورتين المذكورتين؛ لأن مجموع ما وقع فيها لا يسمى تفويضًا.
(لا يقال): إن الصداق قد انقسم إلى ثلاثة أقسام؛ إما مسمى، أو تفويض، أو مركب منهما؛ كصورة ابن الحاج، وفيها التفويض، ولا يصدق فيها الرسم.
(لأنا نقول): المحدود إنما هو تفويض كل الصداق لا تفويض في بعض الصداق، ولما ذكر الشيخ الإمام سيدي البرزلي صورة ابن الحاج التي ذكرناها وذكر حكمها قال: وظاهره مخالف لما ذكره ابن يونس عن ابن المواز، وذكر مسألة ابن المَوَّاز السابقة، وبيان المخالفة ظاهر؛ ولذا لم يقرره، وذلك أن نقول: صورة ابن الحاج فيها صداق مركب من تسمية، ومن تفويض، فأعطى كلامًا يليق به شرعًا باعتبار حكمه بعد الطلاق، والجاري على ذلك أن يقول ابن المَوَّاز كذلك، ولم يقل ذلك؛ بل صير الصداق كله حكمه حكم التفويض هذا بيان المخالفة، فأجاب: بقريب مما فهمنا عليه مسألة ابن المواز، وأن الصورة المذكورة ليست مركبة من تسمية وتفويض؛ كصورة ابن الحاج؛ بل ذلك من باب تحكيم الزوج قال: لأنه نص على أنه فوض إليه، وهذا أشبه بنكاح التحكيم، فتقوى عندي ما فهمته أولاً بما وقفت عليه من كلام شيخنا، ثم عرض لي إشكال، وذلك أن نقول لقائل أن يقول: إذا قلتم وسلمتم: أن الصداق المركب من المسمى والتفويض يعمل في كل جزء من أجزائه على ما اقتضاه حكمه؛ فيقال: كذلك يقال في الصداق المركب من التسمية والتحكيم؛ فالجاري على ذلك أن يعطى كل قسم ما يليق به في حكمه،

الباجي: هو جائز اتفاقًا.

قال: وصفته أن يصرح بالتفويض، أو يسكت عن المهر، قاله أشهب وابن حبيب.

أبو عمر: قوله: أزوجك على ما شئت فاسد مهره.

الشيخ عن أشهب: لو قال: زوجني ابنتك فقال: فعلت؛ فهو تفويض، وهو في البيع لغوٌ.

اللخمي: إن شرط فيه أن ما فرض فيه من فوض إليه؛ لزم، ولو قل؛ فسد، فإن شرطا سقوطه؛ فقد تقدم.

اللخمي عن ابن حبيب: إن عنى بنكاح الهبة سقوط الهبة؛ فغير جائز، فإن أمهرها ربع دينار فأكثر؛ صح، وجبرت عليه قبل البناء وبعده، وإن عنى بالهبة غير النكاح وغير هبة المهر؛ بل هبة نفسها؛ فسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل.

اللخمي: جعله في الأول بالخيار في إتمامه بربع دينار إن بنى بها، وهو أحسن؛ لأن الزائد عليه وهبته.

قُلتُ: ظاهره: أنه خلاف قول ابن حبيب، وليس كذلك لتصريح ابن حبيب بربع دينار، ولا يمكن سقوطه في بنائه.

الباجي عنه: إن عنى به غير النكاح لا هبة المهر؛ بل هبة نفسها؛ فسخ قبل البناء، وثبت بعده بمهر المثل، وإن عنى به نكاحًا دون مهر؛ لم يجز، وما أصدقها ولو ربع دينار؛ لزمها قبل البناء وبعده.

الباجي: فيما قاله نظرٌ، والواجب في الضرب الأول كونه سفاحًا يحد، ولا يلحق به ولد.

= ولا يغلب التحكيم على التسمية، كما لا يغلب التفويض على التسمية، وقد علم قوة الشبهة بين التحكيم والتفويض.

(وقد يقال): إنما غلب التحكيم في مسألة ابن المواز؛ لأن المسمى المذكور لا تتم تسميته إلا بما يفرضه المحكم، فكأنه موقوف، فإذا بطل شرطه؛ بطل حكمه، وإنما يتقوى السؤال لو قال ابن الموَّاز في مسألة ابن الحاج: إذا كان المؤجل فيه التحكيم يغلب ذلك على غيره، ولا أظنه يقوله، وهذا كله مما يمكن ذكره والمذاكرة به، وللناظر النظر فيه، والله سبحانه أعلم، وبه التوفيق.

قُلتُ: إن أراد بنى بها دون بينة على عقدهما لا مقارنة ولا لاحقة، فكونه سفاحًا غير خاص بهذا العقد؛ بل هو عام في عقد الهبة وغيره، وإن أراد أنه بنى بعد بينة عليه، فكونه سفاحًا بعيدٌ عن أصول المذهب. فتأمله.

وفيها: لابن وَهْب: هبة المرأة نفسها لرجل لا يحل؛ لأنه خاص به ﷺ، فإن أصابها؛ فرق بينهما وعوقبا، ولها المهر لجهالتهما.

ربيعة: يفرق بينهما وتعاض.

ونكاح التفويض يجب مهر المثل فيه بالوطء لا العقد ولا الموت.

ابن بشير: هذا المشهور، وفي المذهب قول شاذ بوجوب مهر المثل بالموت، حكاه عبد الحميد.

وروي: أنه ﷺ حكم به في نكاح بروع بنت واشق[1]، وبالأول قال علي ﷺ، وأنكر الحديث، ولا يجب فيه بالطلاق شيء إلا نصف ما سمى قبله إن بلغ مهر المثل، أو دونه ورضيا به.

الشيخ عن الموازيَّة: إن دفع إليهم شيئًا، أو سماه ولم يدفعه، ثم طلق قبل البناء، فإن كان مهر مثلها، أو دونه ورضيا به؛ فلها نصفه، وإن لم يف بالمثل، ولا رضوا به؛ ردوا جميعه ولها المتعة، ولا يقبل قولهم بعد الطلاق أنهم كانوا رضوا إن لم يبلغ مهر مثلها إلا ببينة، ونحوه نقل اللخمي.

وسمع عيسى ابن القاسم: من فوض إليه أمر امرأة، فبعث لأهلها بشيء، فسخطوه فقال: لها مهر مثلها، ثم طلقها قبل البناء؛ فلها نصف مهر مثلها.

ابن رُشْد: لو لم يقل ذلك لما وجب لها تمام مهر المثل، وكان له رد النكاح، ويرجع بما بعث به على ما قاله في سماعه في كتاب الشفعة.

قُلتُ: هو سماعه إن قدم الموهوب له بعض الثواب؛ لم يلزمه تمامه، وله رد ما قدم.

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2114) و (2115) و(2116) في النكاح، باب فيمن تزوج، ولم يسمه صداقًا، والترمذي: رقم (1145) في النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، والنسائي: 6/121- 123 في النكاح، باب إباحة التزويج بغير صداق، ورواه الحاكم وصححه ووافقه الذهبي.

ابن رُشْد: يريد: إن لم يرض به الواهب كالمفوض له في النكاح إن قدم بعض مهر المثل، فطلبوه بتمامه؛ فهو بالخيار فيه، وفي رد ما قدم، ولو قدم في نكاح التفويض شيئًا من مهرها، ولم يقل لها مهر مثلها، فطلقها قبل البناء؛ كان لها نصف ما قدم لها.

قُلتُ: ظاهره: إن طلق بعد ما دفع أقل من مهر مثلها، ولم يصرحوا بقبول ولا رد أن لها نصفه، ومثله لفظ ابن الحاجب.

وظاهر ما تقدم للشيخ واللخمي عن الموازيَّة، وما يأتي من لفظ المدَوَّنة: أنه لا يكون لها نصفه إلا إن كانوا صرحوا بقبوله؛ ولذا قال: لا يقبل منهم ذلك بعد الطلاق إلا ببينة، ويأتي مثله لابن رُشْد في مسألة فرضه في المرض.

وفيها: قلت إن فرض لها بعد العقد ما تراضيا عليه، وهو أقل من مهر مثلها أو أكثر ألها نصفه إن طلقها قبل البناء؟ قال: قال مالك: إن رضيت به؛ فلها نصفه، وإن مات؛ كان ذلك مهرها.

وفيها بعد ذلك: إن طلقها قبل تراضيهما على مهر؛ فلها المتعة، وإن مات قبل تراضيهما على مهر؛ فلا متعة ولا مهر ولها الميراث.

الشيخ عن الموازيَّة: إن تزوجها بعشرين دينارًا على أنه مفوض في بقية مهر مثلها، ثم لم يرضوا بما زاد؛ لأنه أقل من مهر مثلها حتى فارق؛ فله أخذ العشرين، ولا شيء عليه وليمتعها، ولو قدم إليهم شيئًا، ثم دخل بها، ثم طلبوه ببقية المهر؛ فلا شيء لهم؛ لأنهم أدخلوها عليه إلا أن يكون ما لا يشبه أن يكون مهرًا؛ كثلاثة دراهم والطعام؛ فعليه مهر المثل، ونقله اللخمي والصقلي، ولم يذكروا فيه تعقبًا.

وقول ابن عبد السلام: استشكل بعض القرويين قوله: لا شيء لهم؛ لأنهم يقولون: أردنا اتباعه ببقية المهر؛ لا أعرفه، والأظهر إن كان أقل من مهر مثلها بكثير أن يتبعوه بالزائد بعد الحلف على عدم الرضا بما قدمه، ولا تشبه هذه مسألة كتاب الهبات إذا عوض الموهوب له الواهب أقل من قيمة الهبة، ثم قام الواهب بعد ذلك حلف ما سكت إلا انتظارًا لتمام الهبة، وكان على حقه، والفرق أن الواهب لم يصدر منه ما يدل على رضاه بما دفع إليه، وتمكين الزوجة نفسها للزوج دليل للرضى بما دفعه.

وللصقلي في كتاب الهبة عن أَصْبَغ: إن استحق ما دفعه الزوج قبل البناء أو قيمته

إن كان من ذوات القيم وبعده؛ يغرم مهر مثلها.

وفيها: قلت: إن أرادت أن يفرض لها قبل البناء، وأبى إلا بعده.

قال: قال مالك: ليس له أن يبني حتى يفرض لها مهر مثلها على ما أحب أو كره، فإن شاء؛ طلق، وإن شاء؛ أمسك، فقول ابن الحاجب: لها طلب الفرض قبل البناء إن تراضيا وإلا فسخ؛ ظاهره: له تركها بغير طلاق خلاف نصها مع غيرها.

قُلتُ: ما فرضه في مرض موته ساقط؛ لأنه وصيَّة لوارث إلا إن بنى، فيجب لها الأقل مما فرض أو مهر مثلها.

وسمع عيسى ابن القاسم: من فوض إليه في صحته إن فرض في مرضه، فمات قبل بنائه بها؛ سقط مهرها وورثته، وموته بعد بنائه يوجب لها الأقل مما فرض أو مهر مثلها ولو أحاط بماله، ولو ماتت قبل بنائه، وصح من مرضه؛ كان لوارثها.

ابن رُشْد: إن فرض لها مهر مثلها أو أقل، ورضيت به ومات بعد بنائه؛ وجب لها اتفاقًا، وإن كان فرض أكثر من مهر مثلها، وصح من مرضه؛ فلها جميع ما فرض، وإن مات منه؛ سقط ما زاد على مهر مثلها إلا أن يجيزه وارثه؛ لأنها وصيَّة لوارث إلا أن تكون ذمية أو أمة؛ ففي ثبوت ذلك لها في ثلثه وسقوطه قولا محمد مع روايته وابن الماجِشُون.

ولو مات من مرضه قبل بنائه؛ سقط ما فرضه إلا أن يجيزه وارثه، ولو كانت أمةً أو ذميةً؛ ففي ثبوته في ثلثه القولان تخريجًا، ولو صح وهي حيةٌ؛ ثبت لها ما فرضه اتفاقًا، ولو لم يصح حتى ماتت؛ ففي سقوطه، ولو صح من مرضه وثبوته لوارثها إن صح من رأس ماله، وإن مات من ثلثه ثالثها: إن صح فمن رأس ماله، وإن لم يصح؛ سقط.

لمحمد وفضل مع الآتي على سماع عيسى في كتاب الهبات، وأَصْبَغ مع دليل قول ابن القاسم في هذا السماع، وقاله محمد بن إبراهيم بن دينار[1] في هبة البتل في المرض:

---

(1) هو: محمد بن إبراهيم بن دينار الجهني المديني، كان مفتي المدينة مع مالك، ودرس مع مالك على ابن هرمز، كان فقيهًا فاضلاً له بالعلم رواية ودراية، وثقَّه غير واحد، توفي سنة: 182هـ.
وانظر ترجمته في: التهذيب: 7/9، والديباج المذهب، ص: 326.

إن مات الموهوب له قبل موت الواهب من مرضه.

قُلتُ: صوب اللخمي قول ابن الماجِشُون بأنه لم يقصد وصية، ونقل قول أَصْبَغ بلفظ: قال أَصْبَغ: إن صح بعد موتها؛ لزمه ذلك لورثتها.

قال محمد: ولم يعجبني، وقول أَصْبَغ أحسن؛ لأنه إذا صح تبين أنه مرض لا يخشى منه موت.

قُلتُ: فظاهر لفظه وتعليله: أنه إن مات منه؛ فلا شيء لوارثها في رأس مال ولا ثلث.

وفرض الزوج أقل من مهر المثل: في المجبرة قبوله لمجبرها دونها، والعكس في الثيب الرشيدة.

أبو حفص: اتفاقًا.

ابن رُشْد: وكذا للأب تزويج البكر بأقل من مهر مثلها ما لم تعنس، وفي لغو تعنيسها، وخروجها به من ولايته؛ فتختص بالرضا بأقل من مهر مثلها قولان.

والبكر ذات الوصي: في لغو رضاه به، ولو وافقته وصحته للوصي إن رآه نظرًا ثالثها: إن وافقته، ورابعها: استحسان أن الرضى فيها، وفي الثيب كأبٍ لها مع نقل ابن رُشْد عن مالك وابن فتحون عن المذهب وأبي حفص قائلاً: اتفاقًا.

ونقل ابن رُشْد عن ابن القاسم قائلاً: فيه نظرٌ، مع تخريج عياض على حمل بعضهم قول ابن القاسم فيها على التخفيف منه بعد فرضه لا على الرضى بفرضه، ولتخريجه على شرط بعضهم موافقتها إياه على التخفيف منه بعد فرضه لا على الرضى بفرضه واختيار اللخمي.

وفرض الزوج مهر مثلها واجب قبوله:

عياض: قوله في البكر المولى عليها: إن فرض لها مهر مثلها، فرضيته، وأبى الوصي؛ القول قولها، وإن رضي الولي، ولم ترض هي؛ فالقول قول الولي؛ ظاهره: أنه لا يتم ذلك إلا برضاهما معًا بالمهر، والصحيح عند شُيُوخنا على منهاج المذهب: أن يمضي على رضى الوصي دون رضاها، وهو الذي في الواضحة؛ إذ النظر في المال له

بخلاف حالها حين العقد لها ألا ترضى بالزوج إلا بما يرضيها من كثرة المهر، وما تشترطه بخلاف إذا رضيت بالتفويض، ثم نازعت في الفرض.

قُلتُ: قوله: ظاهره: أنه لا يتم إلا برضاهما كذا وجدته في جميع ما رأيت من النسخ، وهو وهمٌ؛ بل نص ما نقله من لفظ المدَوَّنة: أنه يتم برضى أحدهما، وترك من لفظها ما يدل على لزومه، وإن لم يرض به أحدهما، وهو قول ابن القاسم، ومما يدلك على ذلك أن من نكح على تفويض، ففرض مهر المثل؛ لزم ذلك المرأة والولي لا امتناع لهما.

وفي لغو قول البكر غير المولى عليها فرض الزوج أقل من مهر مثلها وصحته، ثالثها: لا يثبت ما رضي به أحدهما إلا بعد نظر السلطان، لروايتها، وقول سَحنون فيها: قيل: يجوز رضاها به؛ لأن وليها لا يزوجها إلا برضاها، إن رضيت بأقل من مهر مثلها؛ لزمه تزويجها بهز

ونقل عياض عن ابن رُشْد: القياس كذا.

قال عياض: وقول سَحنون: (قيل): سقط من أكثر الكتب، ولم يقرأه ابن وضاح، وقرأه ابن داودو وتركه أكثر المختصرين، وأمر سَحنون بطرحه، وروى مثله عيسى فيما حكاه فضل عن بعض روايات العتبيَّة، وهو على أن بلوغها رشدها كالصبي، وهي رواية زياد فيهما، أو على أن فعل السفيه غير المحجور ماضٍ كقول مالك، وعامة أصحابه.

قُلتُ: ونحوه للخمي.

قال عياض: وذهب شيخنا أبو الوليد إلى أن خلاف ابن حبيب وعيسى؛ إنما هو في مهر المثل فأكثر.

قُلتُ: ظاهر نقل عياض: أن قول ابن حبيب، وما حكاه فضل، واختيار ابن رُشْد أنه في مسألة نكاح التفويض، وهو وهمٌ؛ لأن نكاح التفويض إذا فرض الزوج فيه مهر المثل؛ لزم ذلك الولي، ولو كان وصيًا والمرأة؛ فلا يتصور فيه صرف الخلاف في مهر المثل فأكثر، وإنما حكى ابن رُشْد ذلك في غير نكاح التفويض قال: المهملة ذات الولي لا يزوجها وليها إذا بلغت بأقل من مهر مثلها، واختلف في مهر مثلها فأكثر فقيل:

الرضى بتزويجها به إذا بلغت إليه دونها، قاله ابن حبيب، وقيل: لها دونه، حكاه فضل عن عيسى بن دينار، وعزاه للمستخرجة، ولم يقع ذلك فيها، والقياس إذا اختلفا ألا يثبت ما رضي به أحدهما إلا بعد نظر الحاكم، وما ثبوت ما اجتمعا عليه إلا استحسانٌ.

وللمالكة نفسها الرضى بأقل من مهر مثلها بعد البناء قبل فرضه، والمعروف منع الأب ذلك في المجبرة.

ابن رُشْد: وهو نص قول غيره فيها، ولمالك فيها ما ظاهره أن له الرضى بأقل من مهر مثلها خلاف معلوم مذهبه.

قُلتُ: هو نص فيها.

ونقل عياض تأويل بعضهم قوله فيها.

وقال ابن الحاجب بعد ذكره السفيهة غير المولى عليها، والمولى عليها المجبرة: وأما غيرهما؛ فالمشهور يعتبر رضاهما معًا بدونه إن كان نظرًا.

قال ابن عبد السلام: جعل هذه المسألة في المهملة كما ترى، وجعل الأولى في السفيهة، وكلا المسألتين في المدَوَّنة إلا أن الأكثرين فسروا هذه بالسفيهة ذات الولي، وفسروا الأولى بالمهملة عكس ما فهمه المؤلف.

قُلتُ: قوله: إن ابن الحاجب جعل هذه في المهملة، والأولى في السفيهة غير صحيح، وبيانه من وجهين:

الأول: أن ظاهر كلام المؤلف خلاف ما قال؛ لأنه ذكر أولاً السفيهة غير المولى عليها، وثنى بالمولى عليها المجبرة، فلم يبق إلا السفيهة المولى عليها والرشيدة؛ لأن الأقسام بالقسمة الدائرة بين النفي والإثبات أربعة؛ لأن المرأة إما جائزة الأمر أو لا؟ فالأولى القبول خاص بها حسبما تقدم، وإن لم تكن جائزة الأمر، فإما أن تكون مولى عليها أو لا؟ والثاني: المهملة، والمولى عليها إما مجبرة أم لا؟.

والثانية: هي مسألة ابن الحاجب هذه، وإن كان ظاهر لفظه يتناولها والرشيدة، لكن السياق ينفي دخول الرشيدة، ولوضوح حكمها كما قدمناه.

الثاني: قوله: وجعل الأولى في السفيهة وهمٌ؛ لأنه إن أراد بالسفيهة غير المولى عليها؛ فهي المهملة، فجعلها قسيمة للمهملة خلفٌ، وإن أراد بها السفيهة المولى عليها؛

فهو خلاف نص ابن الحاجب في الأولى.

ابن محرز عن ابن القُصَّار: إن فرض الزوج مهر المثل، وأبى دفعه حتى يأخذها إليه، وأبت أن تسلم نفسها إليه حتى تقبضه، فالذي يقوى في نفسي أن يوقف الحاكم المهر حتى تسلم نفسها إليه إلا أن يجري عرف بتسليمه لها إذا بذلت.

وقال ابن بشير: إن قال الزوج: لا أدفع المهر قبل الدخول، وقالت: لا أمكن إلا بعد أخذه، فقال ابن القُصَّار: الذي يقوى في نفسي وقف المهر، ولم يذكر إلا أن يجري عرف.

ابن شاس: لها حبس نفسها للفرض لا للتسليم المفروض.

قال في الواضحة: إذا طلبت قبل البناء أخذ النقد، وأبى الزوج إلا عند البناء؛ فذلك له إلا أن تشاء هي تعجيل البناء؛ فلها قبضه.

وقال ابن القُصَّار: ... فذكر قوله.

قُلتُ: انظر هل الخلاف في تعجيل دفعه قبل البناء أو قبل أن تتهيأ له، والأول ظاهر لفظ ابن محرز، ونص كلام ابن بشير، والثاني ظاهر كلام ابن شاس، وظاهره: أن الخلاف إنما هو في النقد لا في كل المهر.

اللخمي: لها منع نفسها قبل قبضه إلا أن تكون العادة أن المهر مقدم ومؤخر؛ فلا تمتنع إذا فرض الزوج، وقدم النقد المعتاد، فإن رضيت بتمكينه قبل أن يفرض شيئًا؛ جاز إن دفع ربع دينار.

وفيها: في ترجمة الذي لا يقدم على مهر امرأته:

قُلتُ: أرأيت للمرأة أن تلزم الزوج جميع المهر قبل البناء في قول مالك إذا عقد نكاحها؟ قال: نعم إن كان مثل نكاح الناس على النقد لا لموتٍ ولا لفراقٍ.

وفي آخر ترجمة الرجل ينفق على امرأته: ولها أن تمنعه نفسها؛ لأن تأخذ المهر منه، ولفظ التهذيب: لأن لها منع نفسها حتى تقبضه.

وفي ترجمة صداق الأمة: أللسيد منع الزوج أن يبني بأمته حتى يقبض مهرها؟ قال: نعم، هذا قول مالك، وهذا كالنص في تبدئة الزوج بالدفع، وهو الصواب؛ لأن نفس قبضها المهر ليس تفويتًا له، ونفس قبضه هو عوضه تفويتٌ له.

ابن شاس: لو أبرأت قبل الفرض تخرج على الإبراء عن ما لم يجب، وجرى سبب وجوبه.

قُلتُ: في ثاني وصاياها: إن أجاز وارث في مرض مورثه وصيته بأكثر من ثلثه؛ لزمه إن كان بائنًا عنه ليس في عياله.

وفي حمالتها: إن أخر الطالب الحميل بعد محل الحق؛ فهو تأخر للغريم.

قُلتُ: فهو إسقاط لحق قبل وجوبه بعد سببه على المشهور في شرط طلب الحكيم الحميل بتعذر الأصيل.

[باب في نكاح التحكيم]

ونكاح التحكيم: قالوا: ما عقد على صرف قدر مهره لحكم حاكم[1].

قُلتُ: ظاهر أقوالهم والروايات: ولو كان المحكم عبدًا أو امرأة أو صبيًا؛ تجوز وصيته.

وفي جوازه وفسخه ما لم يبن فيمضي بمهر المثل، ثالثها: إن كان المحكم الزوج،

---

(1) قال الرَّصاع: بيانه ظاهر،

(فإن قلت): ما سر كونه: قال: قالوا: وجرت العادة في مثل هذا التعبير؛ إنما يعبر به من تبرأ من ذلك القول.

(قُلتُ): لعله أشار إلى تحقيق عموم ما ذكر في المحكم؛ ولذا عقبه بقوله.

(قُلتُ): ولو كان المحكم عبدًا أو امرأةً أو صبيًا تجوز وصيته، فكأن الشيخ يقول: هذا الرسم وقع لهم مع ظاهر الروايات، فيدخل في عمومه من رواياتهم ومن ضابطهم ما ذكرنا، ولو لم يقل؛ قالوا: أوهم أن رسمه من تلقاء نفسه، فلا يتم له دليل على عمومه.

وقوله: (ما عقد)؛ ما عبر بها عن نكاح عقد وعدل عنه اختصارًا.

وقوله: (قدر مهره)؛ القدر هنا هو صداق على الكم، ولو أتى بما يعم الصفة من كيفيته أو كميته؛ لكان أحسن.

(فإن قيل): التحكيم فيه خاصية التفويض من لزوم صداق المثل في محله سيما إن كان المحكم زوجًا، فإن ابن الكاتب قال: إنه تفويض.

(قيل): التفويض يخالفه في أمور كثيرة، ولذلك اتفق على جوازه، واختلف في نكاح التحكيم في صحته وفساده، وما فرع على ذلك من مسائله؛ فليس ذلك بخاصية له، والله سبحانه أعلم.

ورابعها: إن كان غير الزوجة، لنقل ابن رُشْد الثلاثة الأول.

ولابن زرقون مع عياض عن ابن الماجِشُون، وعزا اللخمي الثاني لقول سَحنون.

وقال غير ابن القاسم: وقول اللخمي: النكاح على تحكيم، ولو للزوج يمنع ابتداء، فإن وقع مضى عند ابن القاسم خامس، ثم قال: إطلاق العقد يقتضي الفساد، ولو كان للزوج لاقتضائه منع الخيار بقاء الخيار؛ لم يحكم عليه.

عياض: وقول ابن الكاتب إن كان الحكم للزوج؛ فهو تفويض لا يختلف فيه خلاف قول اللخمي وغيره أنه مختلف فيه.

عياض: لخروجه عن رخصة التفويض كما علل به غيره في الكتاب، وما قاله ظاهر الكتاب؛ لأنه لا نص على جوازه مع غيره، ثم جاء بالخلاف جملة دون تفصيل.

ابن رُشْد: وعلى الأول إن كان المحكم الزوج، فحكم فرضه كالتفويض، وإلا ففي كونه كالتفويض إن بذل الزوج مهر المثل؛ لزم، ولا قول للمحكم، ولو فرضه غيره؛ لم يلزمه إلا أن يشاء.

وقصر لزوم ما فرض: على رضا الزوج والمحكم من كان، ثالثها: المحكم من كان كالزوج في التفويض إن فرض مهر المثل فأقل؛ لزم الزوج للآتي على ما حكى ابن حبيب عن ابن القاسم مع ابن عبد الحَكم وأَصْبَغ، والآتي على قولها مع تأويلها.

الشيخ: وقول القابسي مع تأويلها عليه وهو بعيد، ورابعها: نقل الباجي عن محمد عن ابن القاسم ما حكم فيه أجنبي إن رضيا حكمه، وإلا فرق بينهما، وخامسها: نقل اللخمي عن محمد عن ابن القاسم، مع عياض عن الموازيَّة عن أشهب: لا يلزم إلا ما رضيه الزوجان كان المحكم أحد الزوجين أو غيرهما، وسادسها: للخمي عنه، وعن عبد الملك الفرض بيد الزوج ما لم يكن المحكم الزوجة؛ فلا يلزمها فرض الزوج، ولو فرض مهر المثل، وسابعها: اختياره إن كان الحكم لأجنبي؛ لزمها ما حكم به إن بلغ مهر المثل، أو زاد عليه أو نقص ما يتغابن فيه؛ لأنه وكيل لهما.

قُلتُ: وما تقدم يرد قول ابن عبد السلام: لم يختلفوا إن كان المحكم الزوج، وأجزنا نكاح التحكيم أنه كنكاح التفويض.

وفيها: أرأيت إن تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان.

قال: كنت أكرهه حتى سمعت من أثق به يذكره عن مالك، فأخذت به، وتركت رأيي فيه.

سَحنون: وقال غيره: مثل قول عبد الرحمن: أولا يفسخ ما لم يفت بدخول.

ابن عبد السلام: إن قلت: رجوع ابن القاسم دليل أنه مقلد لمالك كتقليده من دونه.

قُلتُ: يحتمل أنه أجاب أولاً على قواعد مالك، فلما وجد نصه؛ رجع إليه، ولا يلزم من هذا أنه مقلد، ألا ترى أنه لا ينافي التصريح بنقيضه، فيقول الجاري على أصل المذهب كذا، والصحيح عندي كذا لنص حديث أو غيره من الأدلة الظاهرة إلا أن التقليد معلوم من غالب حال أهل العصر بدليل منفصل، وحال ابن القاسم معلوم من دليل منفصل ألا ترى إلى كثرة مخالفته لمالك، وإغلاظه القول عليه، فيقول هذا القول ليس بشيء، وما أشبهه من الألفاظ التي يبعد صدورها من مقلد.

قُلتُ: ظاهره: أن ابن القاسم عنده مجتهد مطلقًا وهو بعيد؛ لأن بضاعته من الحديث مزجاة، والأظهر ما قاله ابن التلمساني في شرح المعالم أنه مجتهد في مذهب مالك فقط؛ كابن شريح في مذهب الشافعي، وظاهر قول ابن عبد السلام غالب حال أهل العصر أن عصره لم يخل من مجتهد، وهو كما قال والله أعلم.

ومهر المثل: فيها: لمالك: لا ينظر فيه لنساء قومها؛ إنما ينظر فيه لشبابها أو موضعها أو غنائها.

ابن القاسم: والأختان تفترقان فيه يكون لإحداهما دون الأخرى المال والجمال والشطاط؛ فليس مهرهما سواء.

مالك: وقد ينظر فيه إلى الرجال يزوج الرجل لقرابته، فيغتفر قلة ذات يده، والآخر أجنبي موسر يعلم أنه إنما رغب فيه لماله؛ فليس مهرهما سواء.

وسمع القرينان مثله بزيادة مثل حالها في زمانها أين مهر النساء اليوم من مهر من مضى، كان مهر المرأة قبل اليوم أربعمائة درهم، ومهرها اليوم عشرون.

[باب المعتبر من مهر المثل]

ابن رُشْد: مذهب مالك اعتبار مهر المثل للمرأة بنسائها إذا كن على مثل حالها من عقل وجمال، ومال ونسب؛ وهو دليل قوله في المدَوَّنة[1]، ومراده بقوله فيها: وموضعها أي من النسب، واشتراطه الموضع يدل على أنه أراد بقوله فيها لا ينظر إلى نساء قومها، أنه لا ينظر إليهن إذا لم يكن مثلها في المال والجمال والعقل، فالاعتبار عنده بالوجهين جميعًا، وتأويل بعض الناس عن مالك: أنه لا ينظر إلى نساء قومها غير صحيح، والمعتبر من نساء قومها أخواتها الشقائق، وللأب وعماتها كذلك، ولا يعتبر أمهاتها ولا خالاتها ولا أخواتها لأمها قد تكون قرشية وأمها ومن ذكر معها من الموالي.

الباجي: يعتبر في مهر المثل أربع صفات الدين والمال والحسب والجمال، ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد، فمن ساواها في هذه الصفات؛ ردت إليه في مهر مثلها، وإن لم يكن من أقاربها.

وقال الشافعي: المعتبر نساء عصبتها فقط أخواتها وعماتها، ومن يرجع بالانتساب معها إلى تعصيب.

وفي التلقين: يعتبر مهر مثلها بما هي عليه من مال وجمال وحال وأبوة، وأقرانها في السن، ولا اعتبار بنساء عصبتها.

وفي الكافي: لا ينظر إلى قرابتها عند مالك.

قُلتُ: ففي اعتبار موضعها المكاني ولغوه نقل الباجي، وظاهر تفسير ابن رُشْد قوله فيها وموضعها بالحسب.

وفي اعتبار نساء قرابتها طريقا ابن رُشْد والباجي مع أبي عمر وغيرهما، ولما ذكر اللخمي قول مالك فيها إلى آخره.

قال: هذا يصح مع عدم العادة، فإن كان قوم لهم عادة لا يحطون لفقر وقبح، ولا

---

(1) قال الرَّصاع: نقل الشيخ عن التلقين: أنه يعتبر بما هي عليه من مال وجمال وأبوة، وأقرانها في سنها، ونقل عن الباجي قبله يعتبر فيه أربع صفة الدين والمال والحسب والجمال، ووقع لمالك في المدَوَّنة: ينظر لشبابها وموضعها وغنائها، وتأمل ما ذكر هنا، وما بين كلام الباجي والتلقين من الوفاق والخلاف.

يزيدون ليسار وجمال، حملوا على عادتهم كأهل البادية اليوم.

ونقل ابن بشير ما ذكره اللخمي: كأنه المذهب وفيه نظر.

عياض: اضطرب الشُيُوخ في وقت فرض المهر أيوم العقد؛ إذ منه يجب الميراث وحقوق النكاح، فهو كالفوت، أو من يوم الحكم إن كان النظر قبل البناء؛ إذ لو شاء طلق، ولم يلزمه شيء؟.

وأما بعد البناء؛ فيوم الدخول؛ لأنه يوم الفوت، واختلافهم فيه كاختلافهم في قيمة هبة الثواب هل يكون يوم الهبة أو يوم الفوت؟.

ومهر المثل في الفاسد يوم الوطء اتفاقًا:

ابن شاس: إذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، ولو وطئ مرارًا وإلا وجب لكل وطأة مهر كوطآت الزاني من أكرهها.

وفي سماع سَحنون من كتاب النكاح: قال أَصْبَغ عن أشهب: من قال: إن تزوجت فلانة؛ فهي طالق، فتزوجها، فطلقت بيمينه؛ فعليه لها نصف الصداق.

ابن رُشْد: لأنها إذا تزوجها بتسمية مهر؛ فهي مطلقة قبل البناء، فلو بنى بها، فقال مالك: لها مهر كامل.

وقال أهل العراق: مهر ونصف.

ابن نافع: وهو حسن في القياس، وعلى هذا القياس يأتي ما في النكاح الثاني في الأخوين يغلط بإدخال زوجة كل منهما على الآخر أن على كل منهما صداقًا لزوجته، وصداقًا للتي دخل بها يظنها زوجته.

قُلتُ: فعلى هذا في اتحاد المهر باتحاد الشبهة قولا مالك في المعلق طلاقها على نكاحها.

وأخذ ابن رُشْد من مسألة الأخوين مع ميل ابن نافع لقول أهل العراق، وفي أخذه نظر؛ لأنه إنما اتحد باتحاد الشبهة؛ حيث تكون المستحقة واحدة، وفي مسألة الأخوين المستحقة فيها متعددة؛ ولذا لم يجب عليه في المغلوط بها إلا مهر واحد، ولو تعددت وطآته إياها، هذا ظاهر المدَوَّنة وغيرها.

ولو وطئ امرأتين واحدة بعد أخرى ظنهما أمتين كان ابتاعهما صفقة واحدة غير

عالمتين بالغلط؛ لكان عليه لكل واحدة منهما مهر لتعددهما مع اتحاد الشبهة.

وفيها: إن تزوج أخوان أختين، فأدخلت زوجة كل منهما على الآخر.

قال مالك: ترد كل منهما لزوجها، ولا يطؤها إلا بعد ثلاث حيض استبراءً، ولكل منهما صداقها على من وطئها إن ظنته زوجها، وإن علمت أنه غيره حدت ولا صداق لها، ويرجع الواطئ بالصداق على من أدخلها عليه إن غره منها.

ابن القاسم: وكذا من تزوج امرأة، فأدخلت عليه غيرها.

الصقلي: روى ابن حبيب: إن لم يغره أحد؛ لم يرجع به على أحد.

وفي كون نفقة كل منهما في استبرائها على زوجها، وسقوطها كسقوطها عن الغالط نقلا الصقلي عن بعض التعاليق وأبي عمران محتجًا بعدم بنائه بها، وصوبه الصقلي.

أبو عمران: ونفقة زوجة من بنى بها مدة استبرائها من غالط بوطئها دون حمل منه على زوجها كمرضها.

الصقلي عن كتاب محمد وابن سَحنون: من أدخل أمته على أنها ابنته على زوجها كمحللها؛ يغرم واطئها قيمتها، ولو لم تحمل دون قيمة ولدها إن حملت.

ابن حبيب: لا يحد واطئها، وتحد الأمة إلا أن تدعي أن سيدها زوجها منه، ويعاقب السيد.

وسمع عيسى ابن القاسم من طلب البناء بزوجته الثيب، فأدخل عليه أهلها جاريتها البكر، وسألوه الكف عنها، فقال: كل مملوك لي حر إن وطئتها الليلة مشيرًا للجارية يظنها امرأته، ثم وطئها فيها، فلما دخل بامرأته إذا الجارية لها، وظهر بها حمل، وعليه لامرأته: كل جارية يتخذها عليها حرة، وأمرها بيدها؛ رقيقه أحرار، ويلحق به الولد، ولا تقوم عليه الجارية، ولا تحد ولا هو، ولا تمليك لامرأته، وإن جهلت ما فعله أهلها بالجارية؛ رجعت عليه بقيمة الولد، ولا رجوع له على من غره؛ لأنه أيسر ممن غصب أمة باعها ممن أحبلها، لا رجوع له على الغاصب بقيمة الولد التي يغرمها لمستحقها، وإن علمت ما فعلوه؛ فلا قيمة لها في الولد، ولا تقوم عليه الجارية، إلا أن تشاء.

ابن رُشْد: قوله: (رقيقه أحرار) خلاف سماع عيسى من الأيمان بالطلاق فيمن

وضع يده في ليل على امرأة مرت به ظنها امرأته وليستها. قال لها: أنت طالق إن وطئتك الليلة، ثم وطئها فيها غير عالم؛ لا شيء عليه، والقولان قائمان من عتقها الأول فيمن قال :يا ناصح، فأجابه مرزوق، فقال: أنت حر يظنه ناصحًا، والأظهر أن لا شيء عليه في رقيقه في الباطن، ولا في الحكم إذا ثبت البساط المذكور.

قُلتُ: ترد مناقضته بمسألة الأيمان بالطلاق بأنه إن خص لفظه بالمشار إليه؛ سقط طلاقه؛ لأنه به علقه، وهو لا يقبله، وإن صرف لمن ظنه؛ فكذلك لتعليقه على وطئه، وهو لم يطأه، ومسألة الجارية المعلق على وطء المشار إليه فيها عتقٌ له متعلق هو رقيق الحالف.

ابن رُشْد: وقوله: لا تقوم عليه هو خلاف نقل ابن حبيب عن ابن الماجِشُون فيمن أدخل أمته بدل ابنته على زوجها، فوطئها أنها تقوم عليه؛ لأنه وطء شبهة درئ فيه الحد كالمحللة، وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن المحلل له فعل ما لا يجوز له، فكان ذلك رضى منه بالتزام قيمتها، والمغرور بالجارية لم يتعد؛ فلا قيمة عليه؛ لقوله ﷺ: **«تجاوز الله لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»**[1]، وجعل الجارية بالملك كالمستكرهة على أصله في سماعه: من وطئ جاريته محرمة؛ عليه إحجاجها، والهدي عنها، وإن لم يكرهها.

وقال ابن الماجِشُون: يجوز إلا أن يقول: ظننتها زوجة.

قُلتُ: تقدم الكلام عليها في الأيمان، وفي كون الواجب على الغالط في الأخوين مهر مثلها مطلقًا، أو ما لم ينقص عما رضي به لزوجته، وما لم يزد على ما رضيت به لزوجها، ثالثها: المسمى إن اتحد مهراهما، وإلا ففيه نظر، ورابعها: الأكثر من مهرها أو مهر المثل، وخامسها: لا شيء على الغالط لابن محرز عن سَحنون عن ابن القاسم، وقول ابن محرز يحتمل أن يقال: وتفسيرها سَحنون، وتخريج أبي إبراهيم من قول سماع عيسى من عدا على سلعة وقفت على ثمن؛ يغرم الأكثر مما وقفت عليه وقيمتها،

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه: رقم (2043) و(2045)، باب طلاق المكره والناسي، وابن حبان في صحيحه، رقم (7219)، في ذكر الإخبار عما وضع الله بفضله عن هذه الأمة.

وتخريج اللخمي من قول مالك من باع ثوبًا، فدفع لمبتاعه غيره غلطًا، فقطعه لا شيء عليه في قطعه، قائلاً: ويحط عن زوجها من مهرها ما زاده لبكارتها، وحطه على أن لها على الغالط المهر أبين؛ لأنها باعت شيئًا أخذت من غير مبتاعه ثمنه بخلاف من تزوج بكرًا وجدها ثيبًا؛ لأن ثيوبتها قد تكون بغير وطء، والنفس أكره للثيوبة بوطء منها بدونه، والقياس في هذه أيضًا حط ما زاده في مهرها لبكارتها، والحط في هذه أقل.

قُلتُ: هذا خلاف فتوى ابن الحاج في زوجة بكر افتضت بغصب قبل البناء مشهور في قريتها أنه لا يسقط من مهرها شيء، وأفتى فيمن تزوج امرأة على أنها بكر، فوجدها ثيبًا من رجلين بردها لمهر مثلها، ويرد تخريج أبي إبراهيم بأن عمد المتعدي، واستقلاله بالعداء دون رضى المتعدى عليه بقدر أشد من غلط غالط حمله عليه غيره مع رضى المفتات عليه بأقل من المثل في بعض الحالات، وتخريج اللخمي بأن العوض في البضع آكد منه في غيره، وبأن المسلط في الثوب ربه، وفي الزوجة غيرها غالبًا، وقرر ابن محرز نظر سَحنون بأن ذا المهر الأكثر يحتمل إلزامه إياه لرضاه به لمن وطئها، وإن كانت رضيت بأقل منه كوطء الزوج التي تعدى عليه فيها من وكله على تزويجها بزيادة في مهرها وعلمًا بتعديه قبل بنائها، ويحتمل سقوطه بمقابلة دخوله على الأكثر بدخولها على الأقل.

وفي قذفها: من طلق امرأته قبل البناء، ثم وطئها وقال: ظننت أنه لا يبرئها مني إلا الثلاث، أو طلقها قبل البناء ثلاثًا، ووطئها في العدة أو أعتق أم ولده ووطئها في العدة، وقال: ظننت ذلك حلالاً؛ فعليه لكل واحدة مهر واحد كمن وطئ بعد حنثه ناسيًا ليمينه، أو لم يعلم بحنثه.

ابن عبد السلام: ظاهر كلام ابن الحاجب: أن تعدد الشبهة يعدد المهر كما لو وطئها أول اليوم يظنها زوجته، وفي آخره: يظنها أمته وهي غير عالمة.

قُلتُ: وكذا لفظ ابن شاس، وهو جار على إيجاب اختلاف سبب الفدية تعددها حسبما مر في الحج، فإن قلت: لو وطئها يظنها زوجته فلانة، ثم وطئها يظنها زوجته فلانة الأخرى، أو وطئها يظنها زوجته، ثم أبان زوجته، ثم راجعها، ثم وطئ المغلوط

بها يظنها زوجته هل يتعدد المهر أم لا؟.

قُلتُ: إن كان المعتبر في وحدة الشبهة وحدتها من حيث وحدة سببها بالشخص تعدد المهر، وإن كان من حيث وحدته بالنوع الحقيقي لم يتعدد، والأظهر من مسائل تعدد الفدية، الأول والله أعلم.

[باب متى يسلم المهر الحال للزوجة]

وتسليم حال المهر: يجب للزوجة بإطاقتها الوطء، وبلوغ زوجها(1)، وفي كون إطاقته إياه قبل بلوغه كبلوغه روايتا اللخمي مصوبًا الثانية.

قال: والمعين كالمعين بالعقد، ولو كانا صغيرين.

ابن حارث: اتفاقًا في الكبيرين، واختلف إن كان أحدهما صغيرًا.

ابن حبيب: ككبير.

سَحنون: إن شرطت زوجة الصغير البالغة قبض مهرها العبد، وإلا لم يجز.

قُلتُ: فلو وجب تعجيله ما أفسد عدم شرطه، وهو في الصغيرين أحروي.

اللخمي: عن مالك المريضة كصحيحة.

ابن القاسم: ما لم تكن في السياق.

سَحنون: ما لا منفعة له فيها لمرضها كصغيرة.

وفيها لمالك: إن كان مرضها يقدر على الجماع فيه؛ لزمته النفقة.

وفيها: بعده قلت: إن مرضت مرضًا لا يقدر الزوج فيه على وطئها قال: بلغني عن مالك ممن أثق به لها دعاؤه للبناء إلا أن تكون في السياق، ولم أسمعه منه.

عياض: ظاهره: الخلاف لشرطه أولاً إمكان الوطء وعدمه ثانيًا، وعليه حمله

---

(1) قال الرَّصاع: أخرج بقوله: (إطاقتها)؛ إذا كانت صغيرة أو مريضة في السياق، ووقع لمالك المريضة كالصحيحة، وقيده اللخمي بما ذكرنا، وانظر ما وقع لابن الحاجب هنا، وأشار إليه الشيخ؛ لكن تقييد اللخمي؛ إنما هو في دفع النفقة والمهر هل هو كالنفقة أو أقوى؟ انظر ما أشار إليه فيه، وبلوغ الزوج أخرج به غير البالغ أما إذا كان لا يطيق الوطء، فهو كذلك باتفاق، وإن أطاق الوطء؛ ففيه قولان: قيل: كالبالغ، وقيل: لا.

اللخمي، وحمله غير واحد، والمختصرون على الوفاق.

قُلتُ: وقول أبي حفص: لو كان مريضًا؛ لم تلزمه نفقة، وقول من فرق بين مرضها ومرضه ضعيف.

قُلتُ: هذا خلاف نصها.

قال مالك: الزوج المريض الذي لا يقدر على جماع كصحيح، وذات العيب الحادث بعد العقد المانع جماعها كصحيحة لقولها ذلك في الجذام.

وفيها: من رضي زوجها بعيبها القديم كصحيحة.

ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب: (المريضة كصحيحة)؛ يحتمل أن يريد غير التي بلغت السياق كما في النفقة، ويحتمل أن يريد العموم، والفرق بين المهر والنفقة أن النفقة مقابلة للاستمتاع، وهو من البالغة حد السياق متعذر، والصداق لا يصلح كون المرض مانعًا منه؛ لأن قصاراه الموت، والموت موجب للصداق لا مانع منه.

قُلتُ: يمنعه إرثه نصفه أو ربعه، وظاهر متقدم لفظها أن المهر كالنفقة.

وفيها: لابن القاسم: المهر في هذه المسائل أوجب من النفقة، وفي كون مؤجل حل قبل البناء كحال، وتمكين الزوج من البناء قبل دفعه وتطلبه به.

رواية اللخمي، ونقله عن ابن عبد الحكم، وصوب قول السليمانية له: البناء ولو أعسر به لرضاها بتسليم نفسها على اتباع ذمته قائلاً: لو حل ثمن سلعة على معسر قبل دفعها؛ فلبائعها حبسها بخلاف النكاح؛ لأن له أخذها في فلسه، ولو بنى الزوج ثم أعسر؛ لم يكن لها منع نفسها.

وعزا ابن رُشْد الأول لدليل سماع ابن القاسم، ودليل قول ابن حبيب، وقولها والثاني لنص فضل عن يحيى بن يحيى قال: وهو أشبه برواية ابن سَحنون عن أبيه.

المتيطي: الأول رواية محمد ومشهور قول مالك وأصحابه، والثاني رواية ابن وَهْب والواقدي ونحوه في المنتخبة، وهو قول سَحنون.

قال ابن عبدوس عنه: لا يحل الكالئ إلا بالدخول، ولو حل أجله.

قال بعض الموثقين: قال بعض الفقهاء: لا يكلف الزوج وزن الكالئ، وإن كان موسرًا حتى يكمل أسبوعه بعد بنائه بها، فإن كان معسرًا اتبعته به قال: كأنه رأى أنهما

اتفقا حين العقد على بنائه بدفع المعجل فقط، فألزمها ذلك بعد حلول المؤجل، ولم يتعقبوا قول سَحنون بشيء.

وقال ابن الحاجب: ألزم الأجل المجهول، ورد بأن تمكنها من طلب البناء بنفس حلول الأجل يحقق توفيته به؛ فلا جهالة.

قُلتُ: وهذا كبيع سلعة لأجل من معسر على حميل أو رهن، فإنه يحل بالأجل، ولا يصح طلب الحميل إلا بعد إثبات عدم الغريم، ولا بيع الرَّهن إلا بعد الرفع للحاكم، فلما لم يوجب وقف قبض الثمن على ذلك كون البيع لأجل مجهول، فكذا في النكاح، وهذا الجواب تام على ما نقله من تقدم عن سَحنون ومالك، وأما على ما نقله ابن سهل عنه؛ فلا، ونصه في مسائل ابن حبيب: قلت لسَحنون: متى يجب المهر؟ قال: لا يجب قبل الدخول ولا بعده إلا على قدر ما يرى الحاكم قد ينقد الرجل عشرة دنانير ومهره مائة، لو قيل له: تأخذك به ما رضي بسدسها؛ فإنما يكون حلوله إذا رأى الحاكم ذلك، ولا يكون قبل الدخول على حال، وإن كان في الكتاب مهرًا حالا لها عليه، قيل له: مالك يقول: الدخول يبطل الصداق إذا قال: دفعته، ولا يكتب الناس في الصدقات البراءات، فقال: جواب مالك على أنه عاجل ،ولم يكن فيه مهر، والمهر عند الناس مؤخر ألا ترى أن الشاميين يقولون: المهر إلى موت أو فراق، وهو كان رأي المصريين انتهى.

قُلتُ: فقول سَحنون هذا لا ينهض فيه الجواب المذكور، وجواب بعضهم بأن زمن الدخول معلوم ضعيف؛ لأن كونه معلومًا خاص ببعض الأزمنة والبلاد، وقول سَحنون عام فيهما، وفي وجوب القضاء بما حل قبل البناء قبله أو بعده، ثالثها: بعد انقضاء سابع بنائه، ورابعها: بعده بقدر اجتهاد الحاكم لمن تقدم ذكر كل منها عنه، وما نقله ابن سهل عن سَحنون حجةٌ لأحد قولي شُيُوخ بلدنا في اختلافهم في تمكين المرأة من طلب مهرها بعد البناء دون موت ولا فراق.

قال بعضهم: يقضى لها بذلك لكتبهم في الصدقات أنه على الحلول، وقال بعضهم: لا يقضى لها لاستمرار العادة بعدم طلبه إلا لموت أو فراق، فألزم كون أنكحتهم فاسدة فالتزمه، وكان شيخنا ابن عبد السلام في أول أمره لا يقضي به، فقضى به بعض ولاته

بالجزيرة، فشكا له به فأنبه، فقال له: إنما قضيت به؛ لأن الزوجة وهبته، فقبل ذلك منه، ثم بعد ذلك كتب لبعض قضاته بالقضاء به مطلقًا كدين حال، وكان الشيخ أبو محمد الآجمي مدة قضائه يندب المرأة لعدم طلبه ويقول لها: إذا كانت المرأة لا مهر لها على بعلها زهد فيها ونحو ذلك، فإن لم تقبل ذلك مكنها من طلبه، وهذا إذا كان على الزوج، وإن كان على غيره؛ فلا يختلف في تمكينها من طلبه، ونحو رواية ابن حبيب عن سَحنون في لغو كتب ما تقرر به العرف بخلاف ما في كتاب الحمالة منها.

قال ابن القاسم: ولو شرط مبتاع السلعة خلاصها في الدرك، وأخذ منه كفيلاً بذلك؛ بطل البيع، ولولا أن الناس كتبوا ذلك في عقود الأشربة لا يريدون به الخلاص، ولكن تشديدًا في التوثق؛ لنقضت به البيع.

والروايات والأسمعة: كراهة البناء قبل نقد ربع دينار.

ابن رُشْد: خوف أن تهب له المهر، فيعرى البضع عنه.

قُلتُ: هذا علة دليل الحكم، ودليله: ما أشار إليه اللخمي بقوله: روي عن النبي ﷺ: «**أنه أمر رجلاً ألا يبني بامرأته حتى يعطيها شيئًا**»[1]، وقاله ابن عمر وابن شهاب، ولفظ ما ذكره من الحديث لا أعرفه من كتب الحديث، وفي النسائي عن علي رضي الله عنه قال: «تزوجت فاطمة فقلت: يا رسول الله ابن لي، فقال: **أعطها شيئًا**، فقلت: ما عندي شيء. قال: **فأين درعك الحطمية**. قلت: هي عندي. قال: **فأعطها إياها**» وصححوه[2].

ابن رُشْد: ولم يكرهه ابن المسيب.

قُلتُ: وفي حديثي أبي داود ما يؤيده[3]، ذكرهما عبد الحق، وعلل الثاني منهما.

وسمع القرينان: من استحق مهرها بعد البناء؛ منع منها زوجها حتى تقبض مهرها.

---

(1) أخرجه أبو داود، برقم (2126)، كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا.

(2) أخرجه النسائي: 6/129 و130 في النكاح، باب تحلة الخلوة.

(3) أخرجه أبو داود، برقم (2125 و2127)، كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا.

ابن رُشْد: يحتمل كون منعه لحقها أو لحق الله، والأول أصح في المعنى، والثاني أظهر في اللفظ، ونحا إليه محمد، وقيل: لا يمنع بحال وتتبعه بمهرها.

وروى الدمياطي عن ابن القاسم: لو غصبها نفسها قبل قبضها مهرها؛ أدب ومنع منها حتى يعطيها مهرها بخلاف إذا أذنوا له في الدخول عليها ليراها فوطئها، والخلاف إنما هو إن لم يغرها، ولو علم أن المهر مسروق، فغرها كان من حقها منعه على ما قاله بعد هذا، وكما في المكاتب يغر سيده بما قاطعه به أنه يرد في الرق.

وسماع عيسى في الغرور: أنه إن بنى بها لم يمنع منها، معناه: إن رضيت بتماديه على وطئها، واتباعها له بمهرها، وكان الشُيُوخ يحملونه على ظاهره أن ليس لها منعه لفوات الأمر بالبناء.

وقال محمد: معناه: إن بقي بيدها من المهر ربع دينار فأكثر وإلا فلها منعه حتى يعطيها ربع دينار، وكل ذلك بعيد، ولو بنى قبل دفعه شيئًا بإذنها؛ فهل تماديه ومنعه كأول بنائه؟.

وسماع أبي زيد ابن القاسم مع سماعه عيسى وقول محمد: وفي كراهة دخوله، والمهر دين قبل قبضها منه ربع دينار روايتان.

وفي رفعها بالمهر سماع عيسى ابن القاسم، وتخريج ابن رُشْد على الأولى في الدين، وفي رفعها بحميل به نقل ابن القاسم عن بعض أهل الفضل وقوله.

ابن رُشْد: أضعفها الحميل، من أجازه به، فأحرى بالآخرين، وأقواها الدين من لم يجزه به، فأحرى بهما، وفي رفعها بالهدية نقل ابن رُشْد عن ابن حبيب مع رواية ابن نافع وسماع عيسى ابن القاسم.

وفيها: للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها، فإن أعسر به الزوج قبل البناء؛ تلوم له الإمام، وضرب له الآجال، ويختلف التلوم فيمن يرجى له، ومن لا يرجى له، فإن لم يقدر عليه؛ فرق بينهما وإن أجرى النفقة.

قُلتُ: يريد: المهر غير المؤجل، ولو كانت بكرًا، ففي استقلال الأب بالقيام بتعجيل البناء، وقبض المهر ووقفه على توكيلها إياه نقل المتيطي عن ظاهر قولها مع نقله عن بعض شُيُوخه: هو ظاهر المذهب، وأبى المُطَرِّف.

الشعبي: كما له جبرها على النكاح، واستقلاله ببيع مالها، وعن الفقيه المأموني قائلاً بتوكيلها، أو دعائها لذلك مع ابن عتاب وابن رشيق وغيرهما.

المتيطي وابن فتحون: يؤجل أولاً ستة أشهر، ثم أربعة أشهر، ثم شهرين، ثم يتلوم له بثلاثين يومًا، فإن أتى بشيء وإلا عجزه، وإنما حددنا التأجيل بثلاثة عشرة شهرًا استحسانًا، ويحضر الزوج لضرب أول آجاله، وفي إحضاره لضرب ما سواه دون إشهاد الحاكم بحكمه بضرب الأجل، ثالثها: ويشهد به، لعمل بعض القضاة قائلاً ليس علي إحضاره إلا في الأجل الأول، كما لو جمعتها عليه، وغيره محتجًا بأن الخصم قد يدعي أنه ما أجل غير الأول.

وابن فتحون محتجًا بأنه إن لم يشهد على حكمه به بطل بموته أو عزله، ولا يقبل قوله بعد عزله، ولا تفيد علامته على أداء شهود تأجيله، فيؤدي إلى استئناف نظر من ولي بعده فيطول.

اللخمي: في كون التلوم مرة بعد مرة على قدر ما يرى وحده بسنتين، ثم سنة، ثم شبهها، ثالثها: إن اتهم بإخفاء ماله؛ لم يوسع أجله، وإن بان عجزه عن المهر والنفقة؛ لم يوسع، وأخر الأشهر والسنة أكثره، لروايتها، ورواية محمد، وقول ابن حبيب، وأرى إن قامت قرب العقد أخر سنتين، وإن قامت بعد مضي السنتين والثلاث؛ فزيادة السنة وما قاربها حسن.

وسمع عبد الملك أشهب وابن وَهْب: كم يؤجل في المهر إن أجرى النفقة؟ قال: قال مالك: مرة سنتين أو ثلاثًا، ورأى ابن وَهْب ثلاثًا.

ابن رُشْد: معناه: إذا عجز عن المهر، وإن اتهم أنه غيب ماله؛ فلا يوسع له، قاله ابن حبيب إلا أنه قال: يتلوم له في المهر إذا جرى النفقة السنتين.

قال: ولو عجز عن المهر والنفقة؛ لم يوسع له في أجل المهر إلا الأشهر إلى السنة، وهذا إن طلبته بالمهر، ولم تطلبه بأجل النفقة، والتلوم فيها له، قاله محمد وهو صحيح، ولو كان له مال ظاهر؛ حكم عليه بدفع المهر، وأمر بالبناء.

قُلتُ: الذي رأيته في العتبيَّة: (ورأى ابن وَهْب ثلاثًا) بهمزة بعد الراء، ونقله ابن فتوح، وروى بواو بعد الراء.

وقال ابن القاسم في المدنيَّة: لا أعرف سنة ولا سنتين؛ بل قول مالك مرة يتلوم له مرة بعد مرة، وإلا فرق بينهما، وإذا وقف الزوج لأداء المهر، وطلب طالبه سجنه لأدائه أو حميل به، وادعى العدم، فقال المتيطي وابن فتحون: العمل أنه كدين يؤجل لإثبات عدمه أحد وعشرين يومًا، قالا: وليس هذا التحديد بلازم؛ بل هو استحسان لاتفاق قضاة قرطبة وغيرهم عليه، وهو موكول لاجتهاد الحاكم، وجمعناها؛ لأنهم كانوا يجمعونها في حكم، ويفرقونها في حكم على ما يرونه، فإذا فرقوها؛ جعلوها ثمانية، ثم ستة، ثم أربعة، ثم يتلومون بثلاثة، فإذا ثبت عدمه؛ حكم بتأجيله.

وفي كون التلوم لمن لا يرجى له كمن يرجى له، وتعجيل طلاقه دون تأجيل، ثالثها: يضرب له الشهر والشهرين، ورابعها: إن كان ذا خلابة؛ فرق بينهما، وإن كان ذا هيئة وحال؛ أنظر، وخامسها: الثاني إلا أن يذكر وجهًا يرجى.

لعياض عن تفسيرها الأكثر، وفضل عن ابن القاسم مع تفسيرها بعضهم، ورواية ابن حبيب، واللخمي عن رواية ابن شعبان، واختياره.

وفي كون التطليق لعجزه بإيقاعه الزوج أو الزوجة، ثالثها: الزوج فإن أبى؛ فالحاكم لابن سهل عن أبي القاسم بن سراج، وابن عتاب في الطلاق لما هو من حق الزوجة مع استحسانه.

ابن ملك وابن فتحون: وفي لزوم الزوج بهذا الطلاق نصف المهر نقلا الصقلي عن ابن القاسم مع ابن وَهْب وسَحنون عن ابن نافع؛ لأن الفرقة من قبل الزوجة، وكذا من جن قبل البناء.

بعض القرويين: لا خلاف في المجنون؛ إذ لا يتهم، والمعسر يتهم بإخفاء ماله، وعزا المتيطي الأول أيضًا لأَصْبَغ. قال: وبه العمل، والمذهب لا يطلق عليه بإعساره به بعد بنائه.

اللخمي: أرى إن غرها، فتزوجها بعبد لا شبهة له فيه، ولا يد عليه، وبنى أن لها منع نفسها حتى تأخذ قيمته، وإن كان عديمًا؛ فرق بينهما.

وسمع القرينان: من طلب حين دفع نقد امرأته بناءه بها، وقال أهلها: حتى نسمنها، ليس له إدخالها عليه الساعة، ولا لهم تأخيرها؛ لكن الوسط من ذلك بقدر

جهازها وتهيئتها، قال الله تعالى: ﴿قَدْ جَعَلَ ٱللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾ [الطلاق: 3].

ابن رُشْد: لأن تعجيلها وتطويل تأخيرها إضرار؛ فالوسط عدل.

قال ﷺ: «**خير الأمور أوساطها**»[1]، وإذا وجب تأخير من حل عليه حق بقدر ما يهيئه وييسره، ولا تباع عليه عروضه بالغًا ما بلغ لحينه، فالمرأة أولى أن تؤخر.

وفي سماع أَصْبَغ وظاهره لأشهب: سئل عمن تزوج بشرط أن لا يدخل خمس سنين. قال: بئس ما صنعوا الشرط باطل، والنكاح ثابت، وله البناء قبل ذلك.

أَصْبَغ: مالك يقول: إن كان لصغر أو لظعون؛ فلهم شرطهم، وقول مالك إنما يشبه اشتراط تأخيرها، وما هو بالقوي إذا احتملت الوطء.

ابن رُشْد: قوله: (الشرط باطل والنكاح جائز)؛ صحيح على مذهب مالك في الشروط التي لا تفسد النكاح لا تلزم إن لم تقيد بتمليك أو طلاق، وما ذكره أَصْبَغ عن مالك من لزوم الشرط إن كان لصغر أو ظعون معناه في السنة ونحوها كذا في المدَوَّنة، ويريد بالصغر الذي يمكن معه الوطء، ولو كانت في سن من لا توطأ كان من حق أهلها منعه البناء بها حتى تطيق الوطء، قاله في المدَوَّنة، ولما كان البناء قد يحكم بتأخيره إذا دعت إليه الزوجة كما في سماع أشهب ألزم مالك الشرط فيما قرب من المدة، وهي السنة؛ لأنها حد في أنواع كثيرة؛ منها العنين يؤجل سنة، والجراح يتربص بها سنة، وعهدة الجنون والجذام والبرص سنة وأشباه كثيرة.

وقول أَصْبَغ: ما ذلك بالقوي إذا احتملت الوطء، يريد: ليس قياسًا؛ بل استحسانًا، وذكر الصقلي مثل سماع أَصْبَغ في الموازيَّة عن ابن وَهْب وروايته.

ابن عات: عن بعض المفتين: إن طلب البناء وأبوها قريب الغيبة كتب له، فإن أجاب له بإباية لما يؤخر في إصلاح جهازها انتظر، وإن لم يجب أو بعدت غيبته؛ لم ينتظر.

المشاور: إن مطل الأب الزوج بالبناء، فحلف ليبنين الليلة بعتق أو طلاق قضي

---

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 3/273، برقم (5897)، وفي شعب الإيمان: 5/169، برقم (6229).

له، وسمعت بعض قضاة شُيُوخنا يحكيه لا بقيد المطل.

وقبض مهر الرشيدة لها لا لوليها: إلا بتوكيلها إياه عليه.

اللخمي: لأنها المسلمة للعوض ووليها وكيل على عقد التزويج فقط، وكذا من وكل على بيع سلعة، ولم يسلمها للوكيل مالك السلعة يسلمها، وهو يقبض ثمنها.

وفيها: إذا قبضه الأب لابنته الثيب بغير إذنها، ثم ادعى تلفه ضمنه.

ابن محرز: قال سَحنون: لا أدري لم ضمنه إن كان رسولاً؛ فهو أمين، وإن كان اقتضاء؛ فليس بوكيل.

عياض عن ابن القاسم فيها: إنما ضمنه مالك؛ لأنه متعد في قبض المهر؛ إذ لم توكله على قبضه كقبضه دينًا لها بغير أمرها لا يبرئ الغريم، والأب ضامن، وتتبع الزوج، قال: واعترض سَحنون تضمينه بأنه ليس بوكيل، فيأخذه على الاقتضاء، وإن كان رسولاً؛ لم يضمن.

قُلتُ: ظاهر لفظ ابن محرز في تعقب سَحنون: أن الاقتضاء في فعله متصور، ولكنه يوجب عدم ضمانه؛ أي: لا يوجب ضمانه، وظاهر لفظ عياض نفي تصوره، والحق إن فسر الإقتضاء بمجرد طلب قبض الشيء، فالأب مقتض، وإن فسر به مع كون القابض بحيث يتوجه له طلب ذلك الشيء، وينتفع به في نفسه؛ كاقتضاء الكفيل ما تكفل به، فالأب غير مقتض، ويظهر لنفي الضمان في الأولى وجه؛ لأن الدافع لا عذر له في الدفع؛ لعدم شبهة توجبه، فهو مسلط على ماله بخلاف الثاني؛ لعذره بشبهة كون المقتضى له عليه طلب يتوقع أو يظن حصوله.

عياض: وأجاب الشُيُوخ عن تعقب سَحنون بأجوبة أصوبها ما نص عليه في الكتاب من تعديه بحبسه عنها، وقيل: لتعديه في قبض ما لم يجعل له قبضه، والزوج لم يرسله؛ بل دفعه على وجه الاقتضاء جهلاً وظنًا أن ذلك له.

قُلتُ: يرد الأول بأنه إنما أوجب ضمان الأب بتعد منه بعد قبضه، فيلزم براءة الزوج منه، كما لو وكلته على قبضه، وتقرير الثاني: أن القبض بالفعل مسبب عن طلب الأب دون موجب، وهذا يناسب تضمينه، وعن إجابه الزوج اختيار، وهذا يناسب عدم تضمين الأب؛ لأن الزوج سلطه على ماله، واعتبار الأول أرجح؛ لأنه من قاعدة

(أن يفعل)، والثاني من قاعدة (أن ينفعل)، والأولى أقوى في السببية من الثانية.

وقبض مهر المجبرة لوليها:

وفيها مع غيرها: وقبض مهر اليتيمة لوصيها.

وفي سماع أَصْبَغ ابن القاسم: قال أشهب وابن وَهْب: دعوى الأب تلف مهر ابنته البكر إن قبضه ببينة؛ فضمانه منها، وإلا فلا سبيل للزوج إليها إلا بغرمه.

زاد ابن وَهْب: ولا شيء على الأب وكله رأي أَصْبَغ.

ابن رُشْد: قول أشهب وابن وَهْب: لا يبرأ الزوج من المهر بإقرار الأب بقبضه إن ادعى تلفه خلاف قول ابن القاسم في هذا السماع، وظاهر قول مالك فيها وفي غيرها: يبرأ الغريم من دين عليه بإقرار الوصي، والوكيل المفوض إليه بالقبض مع ادعاء التلف، ولا خلاف في براءة الزوج منه بعد البناء بإقرار الأب، أو الوصي بقبضه، وإن ادعى تلفه.

وذكر المتيطي من رواية محمد مثل قول أشهب وابن وَهْب قائلاً: ولا شيء على الأب، وصوبه القابسي وابن سعدون؛ لتهمة الأب على وضع المهر دون طلاق.

ابن محرز: فرق أبو بكر بن عبد الرحمن في الوصي بين المهر، وسائر الديون بأن الدين لا حق للمرأة فيه، والمهر عوض بضعها مالكة إذنها فيه لا يزوجها إلا برضاها، والأب لا شركة لها معه في بضعها، فقبل قوله فيه كسائر الديون، وكذا ذكر ابن حبيب عن ابن القاسم في الأب.

قُلتُ: ظاهر قول ابن رُشْد: أن الوصي كالأب؛ ففي تصديقها ثالثها: الأب وعزوها واضح.

المتيطي: وعلى تصديق الأب في تلفه، فهل يجب حلفه عليه أم لا؟.

قال ابن العطار: وغيره يجب، ولو كان مشهور الصلاح لحق الزوج في التجهيز به.

قال بعض الموثقين: كان قبضه ببينة أو دونها.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة ظاهر أول كلامه أن فيه الخلاف، ولم يذكر خلافا.

وفي سماع أَصْبَغ: إن أقر بقبضه في مرضه اتهم أنه أراد به ابنته؛ كتحمله مهرها في مرضه هو وصيَّة لوارث، ولو كان صحيحًا؛ اتبع به إن كان عديمًا.

ابن رُشْد: يريد: أقر وزوج في مرضه، وعلى مهرها في حال واحدة كقوله: أشهدكم أني زوجت ابنتي من فلان بكذا، وقبضته منه؛ فهو كتزويجه إياها في مرضه، وحمل مهرها، ويدخله الخلاف الذي في تزويجه إياها، وحمل مهرها في مرضه، ولو تأخر إقراره بقبضه في مرضه عن تزويجه إياها ولو في مرضه، فإن كان الزوج موسرًا؛ أتبعت به الأب في يسره وعسره.

وللزوج البناء عند ابن القاسم، وقال أشهب وابن وَهْب: إن لم يكن للأب مال؛ فلا سبيل للزوج إليها إلا بدفعه، وتتبع به الأب، وإن كان الزوج معدمًا؛ بطل إقراره؛ لأنه وصيَّة لوارث، وإن أقر به في صحته؛ لزم ذمته.

وفي تمكين الزوج من البناء دون غرم المهر إن كان الأب معدمًا قولا ابن القاسم وأشهب مع ابن وَهْب.

وقبض مهر اليتيمة غير مولى عليها:

قال ابن فتحون: إن كانت معنسة؛ برزت وجهها، وخبرت أمورها، وعرفت مصالحها، وبلغت خمسة وثلاثين عامًا كالثيب.

قُلتُ: هذا على رشدها بذلك والمشهور خلافه قال: وإن لم تعنس؛ لم يبرأ الزوج بدفعه لها إن كان عينًا؛ لأن العين تحتاج لإدارة وتدبير.

وأجاز سَحنون: أفعالها وشبهها بالسفيه غير المولى عليه في نفوذ أفعاله ما لم يضرب عليه، وأملى محمد بن عمر بن لبابة: صداق يتيمة بكر غير معنسة بعقد قبض العين عليها اختيارا لقول سَحنون.

المتيطي: انفرد سَحنون عن أصحاب مالك بقوله هذا؛ كانفراده بوجوب نفقتها من يوم عقد نكاحها، وإن كانت في سن من لا يوطأ.

قال بعض الفقهاء: ويؤيد قول ابن لبابة ما روى أشهب في بكر أوصي لها بدنانير فدفعها الورثة لها: أنهم يبرؤن منها.

وقال ابن الهندي: كان بعض من يقتدى به يلتزم في عقد نكاح البكر اليتيمة إن كان مهرها عينًا السكوت عن قبضه؛ ليكون القول قول الزوج بالبناء، فيكون له إن كره اليمين حلف الزوجة حين انطلاقها، ويعجل الغرم وهذا كقول سَحنون.

قُلتُ: فيلزم في المهر العرض.

المتيطي: والخلاص في ذلك بما قاله بعضهم: أن يحضر الزوج والولي والشهود، فيشتري بنقدها جهاز يدخلونه بيت بنائها.

قُلتُ: كذا ذكره المتيطي معزوًا لبعضهم، وعزاه ابن الحاج في نوازله لمالك.

قُلتُ: أو يعين الحاكم من يقبضه لها، ويصرفه فيما يأمره به فيما يجب، وقاله ابن الحاج في نوازله.

المتيطي: فإن كان عرضًا وصف وسمي، ونسبت المعرفة لها، فلا أعلم خلافًا في براءة الزوج بقبضها إياه ونحوه لابن فتحون.

قُلتُ: إن كان لنص رواية كما ذكره ابن الحاج فمقبول، وإلا فظاهر المذهب عدم براءة المدين بدفعه لها دينها العرض كالعين، ووديعة مورثها العرض كالعين.

المتيطي: فإن قبض وليها نقدها العين؛ لم يبرأ الزوج به، ولها الرجوع به عليه.

ابن أبي زَمَنَيْن: إلا أن يطول زمن سكوتها عنه؛ فيسقط.

ابن العطار: إن ادعى دفعه لها قبل البناء أو بعده قبل مضي عام منه؛ فلا يمين له عليها، وإقرارها به لغو، ولو ادعى دفعه لها بعد العام؛ حلفت.

ابن عبد الغفور: وهذا قول ابن القاسم في المدَوَّنة لقوله فيها: من زوج ابنته البكر، فدخل بها زوجها، ثم فارقها قبل أن يمسها؛ فليس لأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر إن طالت إقامتها معه.

قال: وأرى السنة طول إقامة.

قُلتُ: لا يلزم من رفع الجبر رفع الحجر.

المتيطي وابن فتحون: إن التزم الولي الدرك في قبضه النقد؛ لزمه ضمانه، ولو أشهد الأب بقبض المهر دون معاينته البينة، ثم قال: لم أقبضه، وأشهدت وثوقًا بدين الزوج، ففي لزوم حلفه، ثالثها: إن كان الأب ممن لا يظن به دعوى الباطل والزوج بخلافه، وإن كان الزوج ممن يعلم أنه لا يرضى بجحده، والأب بخلافه؛ لم يحلف.

المتيطي عن الموازيَّة مع المحمدين ابن لبابة، وابن حارث، وابن عمر، وأَصْبَغ بن سعيد قائلين لجري ذلك بين الناس، وابن حبيب عن مالك مع أصحابه.

قال ابن حبيب: إلا أن يأتي الأب بما يدل على دعواه، وتقع على الزوج تهمة فيحلف، ونحوه لمحمد بن عبد الحكم وبعض الموثقين قائلاً: وإلا لم يكن لذكر القبض في العقد فائدة، ولما صوبه في بعض النسخ قائلاً: جرى العمل والفتوى، وقاله غير واحد من الموثقين: إن ادعاه الأب قرب العقد كعشرة أيام، ونحوها أحلف الزوج وإلا فلا.

وفي أحكام ابن حدير إثر ذكر هذا القول: قال سعيد بن أحمد بن عبد ربه[1]: هذه الرواية في كتبنا، وفتوى شُيُوخنا.

وقال ابن حارث: ليس هذا مما يراعى فيه قرب ولا بعد، ثم قال: ومن غير الأصل قول ابن عبد ربه هذه الرواية في كتبنا كلام غير محصل، الرواية خلاف ذلك، فذكر رواية ابن حبيب.

وفي وجوب تجهز الحرة بنقدها العين، ثالثها: إلا ربع دينار للمشهور.

والمتيطي عن ابن وَهْب مع تخريج اللخمي: من اعتبار حكم أصل مالك العوض، واستقلال مالكه بالتصرف فيه، وعدم رفع حكمه بعادة تخالفه من رواية عدم القضاء بهدية العرس مع تقرر العرف به اعتبارًا بأصل سقوطها.

وابن فتحون عن ابن لبابة: لئلا يخلو البضع عن عوض.

المتيطي عن بعض القرويين: أنكره عليه بعض شُيُوخنا، واحتج بأنها إن اضطرت إليه تنفق منه على نفسها بالمعروف، وتؤدي منه يسير دينها.

المتيطي وابن فتحون: ويشترى منه الآكد فالآكد عرفًا من فرش، ووسائد وثياب وطيب وخادم إن اتسع لها، رواه محمد.

---

(1) هو: سعيد بن أحمد بن محمد بن عبد ربه بن حبيب بن حدير بن سالم، سمع من ابن لبابة، وابن أيمن، وابن قاسم.

قال ابن عفيف: من أهل العلم والأدب، والحفظ للفقه، والنظر في الأدب، والحذق بالطب، وكان مشاورًا في الأحكام أيام منذر بن سعيد، لأبي عثمان هذا أرجوزة في الطب حسنة، وتوفي: سنة اثنتين وأربعين، وقيل: سنة ست وخمسين.

وانظر ترجمته في: جمهرة تراجم فقهاء المالكية: 1/514 (434).

قال بعض الموثقين: وهو مذهب المدَوَّنة، ولو كان النقد عرضًا أو ثيابًا من غير زينتها أو حيوانًا أو طعامًا أو كتانًا، ففي وجوب بيعه للتجهيز به نقل المتيطي.

وقوله: قال اللخمي: إن كان مكيلاً أو خادمًا أو موزونًا؛ لم يكن عليها أن تتجهز به.

ابن سهل عن ابن زَرْب: إن كان مهرها أصلاً أو عبدًا أو طعامًا أو عرضًا لا يشاكل الخروج بها، أو ثوبًا قيمته مائة دينار؛ لم يلزمها بيع شيء من ذلك؛ لأن تتجهز به.

المتيطي عن ابن عبد الحَكم: وما فضل عن جهازها تصرفت فيه لنفسها.

قال بعض الموثقين: ولأبي البكر التصرف في نقدها؛ كتصرف مالكة أمرها، ولو ساق الزوج أصولاً، ففي منع بيعها، وجوازه على وجه النظر قولا القاضي محمد بن بشير قائلاً للمنفعة التي للزوج فيه وغيره، فخرجها المتيطي على استحقاق المهر بالبناء أو بالعقد.

ابن زَرْب واللخمي: إن أصدقها عقارًا؛ لم يلزمها التجهز بثمنه.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا بأس ببيع الأب الرأس يساق مهرًا لابنته يشتري بثمنه ما يجهزها به من حلي وغيره، ولا كلام لزوجها.

ابن رُشْد: إنما له الكلام إن أمسكه الأب لما للزوج من حق في التجهيز بثمنه على مذهب مالك وأصحابه.

قُلتُ: ظاهره: أن لا خلاف بينهم فيه.

الشيخ عن كتاب ابن سَحنون: للزوج أن يتوطأ من جهازها، ولا له أن يعطيه أضيافه، ولا عبيده إن منعته، ولا لها أن تعطيه رقيقها يتوطؤونه إن منعها.

الشيخ عن سَحنون: لها بيع جهازها إلا ما لا بد لهما من النفع به، ولها بيعه لتستبدل منه ما لا بد لهما من النفع به.

ابن عبد الحَكم: لها بيع جهازها؛ لتستبدل به جهازًا غيره لا لترفع ثمنه، وإن أرادت بيع جهازها الجديد؛ لتشتري بدله قديمًا، فذلك لها إن كان نظرًا.

ابن عات عن ابن زَرْب: ليس لها بيع شورتها من نقدها إلا بعد مضي مدة انتفاع الزوج بها، والسنة في ذلك قليلة.

وسمع ابن القاسم: للمرأة المحتاجة الأكل من صداقها بالمعروف.

ابن رُشْد: أباحه لها مع أن مذهبه وجوب تجهزها به مراعاة لقول من يقول: ليس عليها أن تتجهز بشيء منه، ولو طلقها قبل البناء، وقد استنفد الانفاق جميعه تبعها بنصفه على أن النفقة لا تجب إلا بالبناء.

وفيها: للمرأة تتزوج بدرع وقراقل وثياب قبضتها لبسها قبل البناء.

ابن القاسم: يريد: بالشيء الخفيف خوف أن يطلقها.

ابن رُشْد: لو لبستها حتى أبلتها، ثم طلقها؛ غرمت نصف قيمتها على وجوب النفقة بالبناء لا بالعقد.

وسمع يحيى ابن القاسم: لا يجوز للمرأة أن تقضي في دين عليها من نقدها إلا التافه اليسير ما لا خطب له، وقال مالك: لا يجوز إلا الدينار ونحوه.

قُلتُ: ألغرمائها بيع كالئها إن لم يحل وقبضه إن حل ليتحاصوا ذلك، وإن قاموا بديونهم بعد بنائها بيسير أيام أيباع لهم ما اشترت بنقدها، أم يوقفهم عن بيعه وما أجل ذلك؟.

قال: ليس لذلك وقت، ولا يجوز لها دفع الصداق في دينها، وما أحدثت بعد البناء من بيع أو شراء أو جرح أو غير ذلك، فلحقها فيه الدين، أو فلسها فيه الغرماء؛ فلهم بيع مالها من صداق وغيره، ولو ماتت؛ أخذ الغرماء ما في يدها، وما على الزوج.

ابن رُشْد: قوله: (لا يقضى منه إلا الدينار) ونحوه مثل ما في دياتها.

وروى محمد: مثل الدينارين والثلاثة، وليس اختلافًا؛ بل على قلة المهر وكثرته، وقد يكون صداقها الدينارين والثلاثة، فالدينار الواحد منها كثير، وقد يكون ألف دينار؛ فالعشرة وأكثر منها قليل، وهذا على أصله في وجوب تجهزها به، ولم يجب عن الكالئ هل هو كالنقد أم لا؟.

فما أجله منه بعد البناء؛ فلا حق للزوج في التجهيز به؛ فلغرمائها إن قاموا قبل البناء بيعه لاقتضاء ثمنه في ديونهم، وقبضه إن حل قبل البناء؛ لتأخر البناء عن معتاد وقت أهل البلد.

وما أجله قبل البناء كالنقد، وإن تعجل البناء قبل حلوله، ويلزم بيع العرض النقد

فيما تتجهز به إلا أن يكون مما يقصد اقتناؤه كالسياقات وشبهها، وظاهر قوله: إن أراد الغرماء بيع جهازها في ديونهم بعد البناء أنه فرق بين حادث الدين بعد البناء، وقديمه قبله، ولا معنى لذلك إلا الطول؛ لأن الأغلب فيما أحدثت بعد البناء أنه لا يكون إلا بعد طول، فإن قاموا بعد طول المدة، وكان الزوج استمتع بجهازها استمتاعًا له قدر؛ فلهم قبض حقوقهم كانت ديونهم بعد البناء أو قبله، فإن قاموا بحدثان البناء؛ لم يكن لهم ذلك، وإن كانت حادثة بعده.

المتيطي: لا يلزمها التجهز بالكالئ إن قبضته بعد البناء، فإن تأخر البناء عن حلوله وقبضته؛ ففي لزومه المشهور مع قول غير واحد، وقول بعض الموثقين، وعلى الأول إن أبت قبضه حين حل خوف التجهز به؛ فللزوج جبرها عليه، ولو راجعها الزوج بعد أن بارأها؛ لم يلزمها التجهز إلا بما أخذت في مراجعته.

ابن حبيب: للزوج سؤال الولي فيما صرف نقده فيه من جهاز، وعلى الولي تفسير ذلك له ويحلف إن اتهم.

[باب البراءة لمشتري الجهاز]

والبراءة من الجهاز لمشتريه بوجوه:

الأول: دفعه للزوجة بمعاينة البينة دفعه في بيت البناء أو غيره، ولو عن بعد منه كان الدافع أبًا أو وصيًا، وتسمى آحاد المدفوع من ثياب وحلي وفرش وقش ومعرفة البينة السداد في أثمان ذلك[1].

قال بعض الموثقين: وتجزئ معاينة البينة قبضها دون نطقها بالقبض، وهو ظاهر قول ابن حبيب: يجزئ الولي فيما عمله من حلي لوليته البكر دفعه لها بمعاينة بينة تعرفها دون نطقها بالقبض، ولا فعل يقوم مقامه، وضمن ابن العطار هذا العقد إشهادها

(1) قال الرَّصاع: ما ذكر الثاني أن يحضر ذلك ببيت البناء، ويقف الشهود عليه دون دفع ذلك إليها، وتضمن البينة حضور الزوج إلى آخره الثالث أن يوجه الجهاز لبيت البناء بحضرة البينة بعد أن يقوموه ويعينوه، ولا تفارقه حتى يوجهوه لبيت البناء، وإن لم يصحبه الشهود، انظره.

بالقبض وهو أحسن.

الثاني: أن يحضر ذلك بيت البناء، ويقف الشهود عليه دون دفع ذلك إليها، وتضمن البينة حضور الزوج ذلك، ووقوفه على حقيقته، واعترافه أن جميع ما أحضر استنفد جميع نقده.

قُلتُ: هذا لسقوط دعواه بقاء شيء من النقد لا لبراءة الدافع بما دفعه.

المتيطي: وتضمين معرفة البينة السداد؛ إنما يحتاج إليه في ذات الولي، وهو حسن في ذات الوصي، وذات الأب مستغنى عن ذكره فيها، وهذا مع حضور الزوج لإيراد الجهاز، وإن كان غائبًا، فذكر السداد أحسن أيًا كان المورد أو غيره، فإن ادعت الزوجة أو أبوها؛ أخذ الزوج الجهاز أو بعضه؛ لزمته اليمين لا أكثر وله ردها.

قُلتُ: ظاهره: ولو كان مشهور الصلاح، والظاهر إن ادعى ذلك عليه سلفًا أو عارية أو وديعة؛ لزمته اليمين، وإن ادعى ذلك عليه عداء وغصبًا جرى على دعوى الغصب في توجه اليمين فيه، وسقوطها دون عقوبة مدعيه وعقوبته.

المتيطي: هذا ما لم يلتزم الزوج ضمان الجهاز. فإن التزمه بين كونه ضمان الغرم الخارج عن ضمان الحمالة بالتزامه طائعًا بعد معرفة عدم لزومه.

قُلتُ: ولم يذكر المتيطي حكم ضمانه هل هو؟ ولو قامت البينة بتلفه من غير سببه، أو ما لم تقم بذلك بينة.

وفي أجوبة ابن رُشْد: إن ضمنها خوف تلفها حيث تلفت ضمنها، ولو قامت البينة بتلفها، وإن كان سبب ضمانه تهمته على الغيبة عليها، ولم يؤتمن في ذلك؛ فلا ضمان عليه فيما قامت بينة بتلفه.

الثالث: أن يوجه الجهاز لبيت البناء بحضرة البينة بعد أن يقوموه ويعينوه، ولا يفارقوه حتى يوجهه لبيت البناء، وإن لم يصحبه الشهود إليه، وقاله ابن حبيب وزاد: ولا دعوى للزوج أن ذلك لم يصل لبيت البناء، ودعواه ذلك كدعواه اغتياله من بيته بعد وصوله، ثم ضمن في كتب هذا الوجه حضور الزوج للإرسال واعترافه بالسداد فيما اشتري بنقده.

قُلتُ: ينبغي شرط البراءة بهذا الوجه بتضمين البينة معرفة أمانة من أرسل معه،

وصلاحه المانع من مواطأته المرسل على رده له قبل إيصاله، ومن مواطأته الزوج على أخذه لنفسه.

قال بعض الشُيُوخ الموثقين: أحسن الوجوه الثاني.

قُلتُ: وبه استقر العمل.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم إن قال أبو البكر: دفعت مهرها العين لها ضمنه؛ إذ ليس له دفعه لها إنما يجهزها به، فإن قال بعد بنائها: جهزتها به، ودفعته لها، وأنكرت؛ حلف وبرئ.

أَصْبَغ: ما لم يكن تناكرهما مع الدخول بما يبين به كذبه بدخولها بغير شيء.

ابن رُشْد: هذه المسألة في أصل السماع عقب مسألة: من دفع مهر زوجته البكر لأبيها ببينة، فاستهلكه ولا مال له، وأجاب فيها بضمان الأب المهر، وللزوج البناء، ولا شيء عليه.

وقوله: (في هذه بضمانه)؛ يريد: وبنى الزوج، ولا شيء عليه، فسوى بين قبضه ببينة وبغير بينة إذا أقر الأب بقبضه خلاف تفرقة أشهب وابن وَهْب في دعوى الضياع، والآتي على قولهما في هذه منع الزوج البناء حتى يدفع لها مهرها، ويتبع به الأب في ذمته.

وقوله: (ليس له دفع العين لها إنما تجهز به)؛ صحيح لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ...﴾ الآية [النساء: 5].

وما تحتاج إليه من جهازها كالكسوة: واجب دفعه لها، وإن كانت مولى عليها، وقبل قول الأب في دفعه ما جهزها به من مهرها، وإن كان مدعيًا؛ لأنه على ذلك قبضه منه، والعرف شاهد له، ووجب حلفه لحق الزوج، والذي يسقطه عنه إحضار البينة وإبراز الجهاز وإقامته وإرساله بمحضر البينة، وإن لم تبلغ البينة مع الجهاز بيت ابنته، قاله ابن حبيب.

ولو ادعى الأب أنه جهزها لزوجها بمالها قبله من ميراث وأنكرته؛ لم يقبل قوله، وعليه البينة على إيراد الجهاز ببيتها لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: 6]، ولما ذكر المتيطي قول ابن القاسم المتقدم وتعليله بعض الموثقين بأن العرف جار بدفعه له جهازها بمهرها عند البناء دون إشهاد.

قال: قال: وينبغي لو كان لها على أبيها دين من مهر أمها، أو غيره ألا يقبل قوله بتجهيزها به، ولو كان لها بيده عين أو عرض على وجه الأمانة؛ لسبب كونها في ولايته؛ لانبغى على وجه النظر قبول قوله: أنه جهزها به عند بنائها؛ لأن العرف جار عندنا بتجهيز الآباء بناتهم بأموالهم فكيف بأموالهن.

قُلتُ: هذا خلاف ظاهر ما تقدم لابن رُشْد في ميراثها.

وفي كون الوصي كالأب في دعواه تجهيز اليتيمة بمهرها، ووقف براءته منه على البينة.

نقل المتيطي قولي بعض الموثقين وغيره منهم: ولابن رُشْد في أول سماع يحيى من كتاب الجنائز: إذا جهز الوصي اليتيمة من مالها؛ برئ منه بإيراده بيت بنائها.

المتيطي: فالولي غير الأب والوصي لا يبرئه إلا الإشهاد بأحد الوجوه الثلاثة.

ابن عات: عن أبي الوليد بن خيرة: للوصي تجهيز اليتيمة مما بيده من مالها، واختلف إن كان أصلاً فباعه وجهزها به.

قال المتيطي: وما زاده الأب من شورة على شورتها بما قبضه لها إن بين ببينة كونه من نحلته إياها في عقد نكاحها؛ برئ منها، وإن بين كونه هبة لها تم حوزها بالإيراد الموصوف، وإن بين كونه عارية تتحمل به ما بقي عندها، ويسترده متى شاء؛ ضمن معاينة البينة آحاد الجهاز، وله أخذه متى شاء.

ابن عات عن ابن مغيث إن تلف؛ لم تضمنه البنت إلا أن يتلف بعد رشدها وعلمها أنه عارية، وقاله القاضي أبو بكر محمد بن عمر وأبو بكر محمد بن عبيد الله المعيطي.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من أشهد فيما شور به ابنته أنه بيدها عارية، وشهدت البينة أنه أورده بيت زوجها دون حضورها، ثم طلبه، فلم يقدر عليه عند ابنته إن كانت بكرًا، وعلمت بالعارية؛ لم تضمنها إلا أن تملك بعد أن رضي حالها إلا أن تقوم بينة بهلاكها بأمر من الله، وإن لم تعلم ذلك؛ فلا ضمان عليها، ولو حسنت حالها، وإن كانت ثيبًا ضمنته إن علمت أنه عارية وإلا فلا، وقاله أَصْبَغ، ولا شيء على الزوج من ذلك إلا أن يستهلكه.

ابن رُشْد: قوله: (لا ضمان على غير العالمة) صحيح؛ إذ ليس لأحد أن يضمن أحدًا ما لم يلتزم ضمانه.

وفي سماعه: من بعث لامرأته بحلي ومتاع أشهد أنه عارية سرًا عنها، وعن أوليائها؛ فله أخذ ذلك، ولا ضمان عليهم إن تلف، ولم يعلموا ما أشهد عليه.

ابن رُشْد: هذا خلا ف سماع سَحنون.

قُلتُ: هو سماعه من تزوج ببلد سنتها أن يهدي الزوج لامرأته هدية تسر بها وأهلها، فأشهد سرًا أن هذا الذي يرسله ليس هدية؛ إنما هو عارية لوقت استرجاعها، ولم يعلمهم أنه هدية، فأرسله إلى امرأته، وهي ترى وأهلها أنها هدية، ثم طلبها قبل البناء أو بعده فمنعوه، وقالوا: لم نقبلها إلا هدية على حال هدية الناس لأزواجهم، ولو علمنا ما قلت لم نقبلها.

قال سَحنون: لا شيء عليهم فيما امتهنوه على غير علم، ويأخذ ما وجده، وما ضاع بغير بينة؛ ضمنوه، وقاله أبو زيد.

ابن رُشْد: قوله: ولم يعلمهم أنه هدية مشكل، كيف يصح أن يعلمهم أنه إليهم هدية، وهو لم يرد به الهدية؛ فمعناه: لم يقل لهم في العلانية أنه هدية.

وقوله: (لا شيء عليهم فيما امتهنوه على غير علم)؛ يريد: امتهانًا لا تمتهن العواري مثله، وأما امتهان العواري؛ فلا شيء عليهم، ولو امتهنوه عالمين.

وقوله: (ما ضاع بغير بينة ضمنوه)؛ اعتبار لما أشهد به سرًا.

وسماع أَصْبَغ ابن القاسم: لا ضمان عليه أصح؛ إذ ليس له تضمينهم ما لم يلتزموا ضمانه، وحسبه نفع إشهاده في ارتجاع متاعه، ولو قال لهم: هو هدية؛ لم ينفعه إشهاده، وهذا على عدم القضاء بالهدية.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن ادعى أب بحدثان بناء ابنته البكر فيما زاد على مهرها مما جهزها به أنه عارية صدق فيه، ولو كان غير معروف له وهي تنكره؛ لأن هذا من عمل الناس معروف من شأنهم، وإن ادعاه بعد طول حوزها، فهو لها ولو عرف أصله له، وللزوج في ذلك مقال، وطول حيازتها تقطع دعوى الأب إن أنكره الزوج، وإقرارها به لغو إن رده زوجها، ولو قام بحدثان البناء فيما عرف أصله له، والباقي بعده

لا يفي بالمهر؛ فهو له ويغرم تمام المهر.

ابن رُشْد: يريد: صدق مع يمينه، قاله ابن حبيب وزاد: وليست السنة طولاً، وهذا في ابنته البكر لا الثيب، ولا في ولايته البكر أو الثيب هو فيهما كأجنبي، وقاله بعض أصحاب مالك.

ابن رُشْد: إيجابه يمينه صحيح، ولا يقال بسقوطها لمنع إحلاف الولد والده؛ لأن المنع في الحكم عليه، وهذا في الحكم له، وإنما خص هذا بأبي البكر؛ لأنها في ولايته، وكذا على قياسه الثيب إن كانت في ولايته والوصي فيمن لنظره من يتيمة بكر أو ثيب كالأب.

قُلتُ: كقولها في حوزه لها ما وهبه لها.

ابن رُشْد: ويحمل قوله: (لا الثيب) على التي لا ولاية له عليها، وقوله: (للزوج مقال) فيه نظر؛ إذ لا كلام للزوج فيما دون الثلث من مالها إلا على وجه الحسبة؛ لأنها مولى عليها لا تجوز عطيتها لأب ولا غيره.

وقوله: (طول حيازتها يقطع دعوى الأب إذا أنكر الزوج)؛ معناه: إن أنكر الحسبة؛ إذ لا معنى له ينكر به إلا هذا، وفي قوله: (إن أنكر الزوج أو المرأة)؛ دليل على أنهما لو سلما ورضيا؛ جاز ذلك، وهو بعيد إلا أنه دليل الخطاب، وقد اختلف في القول به؛ فلا ينبغي أن يعمل به هاهنا.

وفي الدمياطية لابن القاسم: إنما يصدق الأب فيما ادعى من جهاز ابنته بعد البناء أنه عارية لها، وإن وفَّى الباقي بالمهر إن كان على أصل العارية بينة، والمشهور ما تقدم أنه مصدق إذا أشهد على العارية، وإن طال الأمر إذا كان فيما بقي وفاء بالمهر، وإن لم يكن فيه وفاء؛ صدق فيما زاد على قدر الوفاء به.

وذكر المتيطي قول ابن حبيب المتقدم وقال: قال بعض الموثقين: يكون للأب ما وجد من ذلك، ولا شيء على الابنة فيما فوتته من ذلك أو امتهنته أو زوجها معها، ولا ضمان عليه لتمليك الأب ذلك لها.

وقال غير واحد من الموثقين: إن قام قبل مضي عام من يوم بنائه؛ قبل قوله دون يمين؛ لأنه عرف من فعل الآباء، وإن قام بعد عام؛ سقط قوله.

وقال أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم: قول ابن القاسم: القول قول الأب ما لم تثبت الابنة أو زوجها مضي السنة أو نحوها.

قال: والعشرة الأشهر عندي كثير تسقط دعوى الأب.

وقال في موضع آخر: إن طلب الأب الشورة بعد ثلاثين يومًا من بنائها؛ حلف على دعواه عاريتها، وأخذ ما حلف عليه.

قال بعض الموثقين: هذه المسألة في سماع أَصْبَغ ابن القاسم قال فيه: إن قام الأب بحدثان بنائها؛ صدق، ولفظ التصديق عند شُيُوخنا: إن وقع مبهمًا اقتضى نفي اليمين، ولم يحد في سماع أَصْبَغ مدة القرب إلا أن الشيخ أبا إبراهيم جليل في العلم، والورع ممن يلزمنا الاقتداء به.

قال أبو إبراهيم: وادعاء الأب لما في يد ابنته من الأمور الضعيفة التي إنما فيها الاتباع لسلفنا لولا ذلك كان الوجه عدم خروج ما بيدها إلا بما تخرج به سائر الحقوق ولا سيما ما بيد البكر.

قُلتُ: قوله: (ليس فيه إلا الاتباع)؛ يرد بما استدل به ابن القاسم من العرف، ولا يخفى وجوب العمل بالعرف على مثل الشيخ أبي إبراهيم؛ كدلالة إرخاء الستر ونحوه، وأجاب ابن عتاب في أب ادعى أن نصف ما شور به ابنته البكر عارية له بعد أربعة أعوام من بنائها: أنه غير مصدق في دعواه.

ابن سهل: وكذا الرواية عن مالك وابن القاسم وغيرهما في الواضحة والعتبيَّة وغيرهما ولا خلاف أعلمه فيها.

وجواب ابن القطان بأن الأب مصدق فيما زاد على قدر النقد من ذلك خطأ.

زاد المتيطي: قال بعض شُيُوخنا: الذي في الرواية إذا قام بعد طول مدة، فلم ير ابن القطان هذه المدة طولاً.

قُلتُ: لعله نحا بها منحى مدة الحيازة، ففي بطلان دعواه العارية لسنة أو بها ونحوها بدلاً منها، ثالثها: بعشرة أشهر، ورابعها: بما زاد على سنة، وخامسها: لا تبطل بأربعة أعوام.

للمتيطي عن غير واحد من الموثقين وأبي إبراهيم عن ابن القاسم واختياره،

ودليل قول ابن حبيب وابن القطان.

وفي وجوب تجهيز السيد أمته بمهرها كحرة واختصاصه به دون تجهيز، ثالثها: هذا إلا ربع دينار، ورابعها: هذا في عبده، والأول في غيره؛ لرهونها مع ابن فتحون عن المذهب وغير واحد عن محمد عن ابن القاسم ومحمد وأَصْبَغ.

وفي ثاني نكاحها عن بكير وغيره: للسيد أخذه إلا قدر ما تحل به، والوضع منه دون إذنها.

عياض: جعل بعضهم ما في نكاحها ورهونها قولين، وجمع بينهما بعضهم بأنها في النكاح لم تبوأ معه بيتًا، وفي الرهون بوئت، وفي كون قبض مهرها لها أو لسيدها نقلا المتيطي عن ابن الفخار مع بكر القاضي وابن العطار.

وأجاب ابن رُشْد بأن للأب أن يثقف من شورة ابنته التي لنظره ما تستغني عنه منها إن خاف عليه عندها، وكذا الوصي، وليس ذلك لولي غيرهما، فإن أحسبت في ذلك نظر القاضي فيه بالاجتهاد.

وقال ابن عتاب: إن كان الأب مأمونًا عليها، وله ذمة؛ فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم لها بقدر نقدها، وزائد عليه ما تتجمل به لزوجها على التوسط، ويشهد على الأب بما يقف لابنته عنده، وإن كانت أحواله غير مرضية؛ وضعها الحاكم على يدي غيره ممن يراه، ونحوه للفقيه أبي بكر بن جماهر الطليطلي، وهو حسن، وقد شاهدت أقوامًا وضعت عندهم ثياب بناتهم تصونًا، فأكلوا أثمانها، وتعذر الانتصاف منهم لفقرهم.

قُلتُ: شاهدت شيخنا ابن عبد السلام حكم بمنع أب قبض إرث ابنه الصغير، فكلمته فيه فقال لي: إنه فقير، وكان الفقيه أبو إسحاق بن عبد الرفيع يحكم بهذا، وما تقدم حجة لهما.

[باب فيما يوجب كل المهر للزوجة]

ويجب كل المهر بالتقاء ختاني الزوجين: الزوج بالغ أو موت أحدهما مطلقًا[1] وطء مطيقه غير بالغ معتبر على جبره.

ابن شعبان: على البناء بدعواه الزوجة المطيقة له، وفي إلزامه بافتضاضه إياها بأصبعه كل المهر، أو ما شانها مع نصفه إن طلقها، ثالثها: إن رأى أنها لا تتزوج بعد ذلك إلا بمهر ثيب، لسماع عيسى ابن القاسم مع اللخمي عن محمد عنه، وسماعه أَصْبَغ مع اللخمي عنه واختياره قال: واختلف في استحقاق المهر بالوطء في الدبر، وفيه نظر، وهو في البكر أبعد.

قُلتُ: في رجمها لمالك: وطئها في دبرها جماع لا شك فيه.

وللمتيطي في فصل الطلاق: إن اتفقا بعد البناء بعام ونحوه، وما يقرب منه على عدم المسيس، فقال مالك في المدَوَّنة: لها كل المهر؛ لطول تلذذه بها، وإخلاقه شورتها.

أبو عمران: جعل موجبه التلذذ وخلق الثياب؛ فظاهره: إن انخرم أحدهما؛ لم يجب كل المهر.

المتيطي: أسقط البراذعي لفظ، وخلقت ثيابها.

وفي المدَوَّنة قال ناس: لها نصفه، ونحوه لعبد العزيز بن أبي سلمة.

ابن القُصَّار: هذه الرواية المعمول بها قال: وقال مالك: لها الجميع، وإن لم يطل.

قال بعض الموثقين: الأول أشهر وبه العمل.

قُلتُ: عزا اللخمي القول بجميعه: وإن لم يطل للمغيرة مرة، ولابن القُصَّار عن مالك أخرى، وتقدم منها طرف في مسألة العنين، وما ذكره المتيطي عنها هو لفظها في مسألة العنين، وهي أيضًا في إرخاء الستور منها في العنين وغيره.

وذكر أبو عمر قول مالك في السليم :مقيدًا بالسنة ونحوها.

---

(1) قال الرَّصاع: يظهر أن هذا للمتفق عليه، وذكر هنا مسائل مختلفًا فيها منها طول المدة مع أخلاق شورتها، انظر ما فيه، والله سبحانه أعلم.

ابن بشير: قيل: الطول سنة، وقيل: ما يعد طولاً، وفي المذهب قول أنه أكثر من السنة وهو راجع لهذا القول.

قُلتُ: إنما ذكر الأشياخ القولين في حد الطول في رفع جبر الأب عنها حسبما مر.

اللخمي: اختلف في المجبوب والحصور، ومن لا يصل للجماع فقال المغيرة: إن طالت المدة؛ لزم المهر، وقال: يكمل لها، وإن لم يطل، وهو قياس قول عمر رضي الله عنه: إذا عجز وهو في هذا أبين.

قُلتُ: لم يحك أبو عمر وابن محرز عن المذهب غير الثاني قائلاً: لأنه فعل غاية ما يستطيعه.

فهرس الموضوعات